

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
Federico II

ISTITUTO ITALIANO DI SCIENZE UMANE

Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia

XX Ciclo

Tesi di dottorato

***L'incidenza del diritto comunitario
sulla disciplina interna del contratto***

Tutor
Ch.mo Prof. Luigi Sico

Dottorando
Giovanni Pagano

Anno Accademico 2007/08

INDICE

Premessa	pag. 4
Introduzione	pag. 9
Cap. 1 - Le fonti del contratto	pag. 16
1. La carta costituzionale	
2. Il codice civile	
3. Il diritto regionale	
4. Il diritto comunitario	
Cap. 2 – Gli interventi comunitari sulla disciplina contrattuale	pag. 32
1. I settori di intervento del diritto comunitario	
2. Perché i consumatori?	
3. Non solo i consumatori. I contratti di impresa	
4. Segue. La tutela del contraente debole. Ricadute nell'ordinamento italiano	
5. Segue. Il rapporto di <i>franchising</i>	
6. Conseguenze sulla teoria interna del contratto	
7. Apertura del diritto comunitario ad istanze di carattere sociale	
8. La neutralità del contratto	
9. Le fasi attraverso le quali si sviluppa la tutela del consumatore	
10. Segue. I contratti conclusi a distanza	
11. Segue. <i>L'e-commerce</i>	
12. Segue. I contratti negoziati fuori dei locali commerciali	
13. La seconda fase	
13 a. La forma contrattuale	
13 b. I contratti per i quali ricorrono le regole sulla forma scritta	
14. Le clausole vessatorie	

15. Segue. Il caso della penale manifestamente eccessiva
16. La terza fase. L'esecuzione, il diritto di regresso
17. Segue. Il diritto di recesso
18. L'interpretazione del contratto
19. L'intervento del giudice a tutela dell'equità del contratto
20. Sanzioni, conseguenze, garanzie
21. La deroga alla nullità codicistica
22. La *nullità* relativa
23. Segue. Altri casi di *nullità relativa* previsti dal diritto comunitario
24. Sull'ampliamento delle aree di incidenza dello schema contrattuale
25. Nuove figure contrattuali: la questione del pegno rotativo
26. Valutazioni conclusive.

Cap. 3 – I mezzi di tutela del consumatore e il diritto comunitario

pag. 121

1. Gli interventi del diritto comunitario. Le limitate competenze
2. Segue. Le possibilità offerte dal tit. IV del trattato CE
3. Le misure inibitorie
4. I rimedi alternativi alla giurisdizione
5. Il caso delle *astreintes*
6. Le penalità previste dalla direttiva 98/27

Cap. 4 – Le proposte a favore di un codice civile europeo

pag. 143

1. La codificazione del diritto civile europeo. Le opinioni favorevoli
2. Segue. Le altre posizioni
3. La posizione delle istituzioni comunitarie
4. Il ruolo degli studiosi
5. Segue. Valutazioni finali

Bibliografia

pag. 164

Premessa

La presente ricerca è dedicata allo studio dell'incidenza del diritto comunitario sulla disciplina civilistica del contratto.

Inquadrandosi nell'ambito del più ampio contesto del diritto privato europeo, di cui va a considerare un aspetto specifico, essa si giustifica non solo per il rilevante numero di norme comunitarie che si occupano ormai di queste questioni e per il loro valore formale quanto per i contenuti e per le possibili conseguenze sulla teoria generale del contratto nel diritto interno. Seguendo il percorso delineato da Chiné¹, questo lavoro si propone di considerare se e in quale misura le novità introdotte dal diritto comunitario hanno inciso, modificandole, sulle linee guida interne dei rapporti intersoggettivi e se sia proponibile come indispensabile una rifondazione del previgente diritto nazionale dei rapporti contrattuali.

La normativa di derivazione comunitaria ha raggiunto ambiti e settori che, a prima vista, sembravano dovessero sfuggire alla sua presa: si pensi, ad esempio, all'applicazione della disciplina volta a tutelare i consumatori nei rapporti con i professionisti anche a soggetti che non rivestono in senso proprio la qualifica di "consumatore" ma sono ugualmente in una posizione per così dire "debole" rispetto alla loro controparte².

¹ G. Chiné, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, Torino, I, 2006, p. 754

² Su ciò v. G. Alpa, *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

L'espressione riferita al diritto europeo, utilizzata in questo lavoro, corrisponde a quella proposta da Alpa³ il quale la collega all'azione svolta dalla Comunità nell'ambito dei rapporti di natura contrattuale.

Con essa si fa riferimento, dunque, alla disciplina prodotta dall'azione delle istituzioni comunitarie ovvero al complesso di regole di derivazione comunitaria, composte dai regolamenti comunitari, dalle direttive comunitarie recepite e da quelle non attuate ma sufficientemente dettagliate e precise tali da istituire diritti e quindi pretese azionabili in capo ai singoli, dai principi del diritto comunitario richiamati da regole del diritto interno e, infine, dai modelli giurisprudenziali accreditati dai giudici comunitari⁴.

In alternativa a questo inquadramento, l'espressione diritto privato europeo potrebbe essere riferita, invece, "al complesso delle tradizioni, ai valori, ai principi che sono propri, o si ritengono propri, della cultura giuridica europea e che hanno dato luogo alle codificazioni e alla *case law*, alle costituzioni e, quindi, ai principi costituzionali sui quali riposa anche la stessa Unione europea. Queste regole presentano modelli tra loro

³ G. Alpa, *Problemi e prospettive del diritto privato europeo*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti. Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002* raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004, p. 9 ss.

⁴ Considerando il problema da un'*ottica interna* ci si chiede se queste regole – pur facendo parte organica dell'ordinamento interno – conservino una loro specificità rispetto alle regole approvate dagli organi di produzione di norme propri del Paese membro, se possano essere considerate un "corpus" a sé, e, quindi, se richiedano una interpretazione che tenga conto della loro origine e possa valersi del coordinamento con le altre norme aventi la medesima origine

differenziati, sia dal punto di vista della coesione (modelli unitari, modelli misti), sia dal punto di vista della loro formazione storica, sia dal punto di vista dell'apparato linguistico, concettuale e operativo, che tuttavia stanno *convergendo* tra loro per impulsi interni e per impulsi esterni, sì che all'osservatore appaiono più rilevanti gli aspetti di sovrapposizione, di contatto, di similitudine, che non quelli che ancora li distaccano e li distanziano". Detto questo, va anche avvertito che i due riferimenti non sono tra loro assolutamente distanti e privi di collegamento: non solo le soluzioni realizzate sul piano comunitario traggono, in ultima analisi, la loro ragione d'essere dalla comunanza di valori presenti nelle singole esperienze nazionali, quand'anche perchè è in atto una forte spinta alla redazione di codice di diritto privato europeo che si basa sia sul diritto di formazione comunitaria che sulle tradizioni comuni degli Stati membri e alla cui realizzazione non sono estranee le stesse istituzioni comunitarie (su ciò v. *infra* cap. IV).

E' stato, infatti, evidenziato⁵ il carattere circolare, osmotico dei valori giuridici, nelle due direzioni: non solo dal diritto comunitario al diritto interno ma anche viceversa. La gran parte delle regole oggi incluse nei trattati comunitari e create dalle fonti di produzione del diritto comunitario riflettono, infatti, terminologie, concetti, istituti, appartenenti alle culture e quindi agli ordinamenti di singoli Paesi membri. E'

⁵ G.Alpa, *art. cit.*, p. 12.

altrettanto possibile rintracciare in ciascuna esperienza frammenti, principi, concetti propri di altre culture ed estranei a quella considerata, ma ormai ad essa connaturati per effetto dell'introduzione dei regolamenti o dell'attuazione nel diritto interno delle altre fonti comunitarie⁶.

Va ricordato che l'europeizzazione dei risultati sin qui raggiunta si inquadra nel più generale processo di armonizzazione e di unificazione del diritto che risponde ad una esigenza che va oltre i confini dell'Europa comunitaria e che investe il fenomeno della globalizzazione della vita economica e sociale. Molte delle ragioni che sono alla base dell'unificazione del diritto dei contratti in Europa sono, senza alcun dubbio, valide anche per il mondo intero⁷. Per restare ai contratti, è di tutta evidenza che l'intensificarsi degli scambi, che caratterizza la nostra epoca, richiede regole certe e condivise.

Va precisato, inoltre, che i risultati raggiunti nell'Europa comunitaria non hanno portato ad una vera e propria unificazione del diritto materiale dei contratti ma ad una unificazione-armonizzazione parziale, non ancora del tutto ben coordinata. Le legislazioni nazionali, infatti, restano ancora

⁶ Per quanto riguarda l'esperienza francese e quella tedesca, ovvero i riflessi prodotti dalle regole comunitarie nei rispettivi sistemi giuridici, v. P. Delebeque, *Il contratto di derivazione europea nel sistema francese* e W. Rolland, *The Influence of European Law Perspectives on the Reform of German Contract Law*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, rispettivamente p. 83 ss. e p. 90 ss.

⁷ O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria*, in *Private Law in the International Area, From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification*. Liber Amicorum K. Siehr, The Hague, 2000, p. 392.

diversificate tra loro⁸, tant'è che, sullo stesso piano comunitario, si dibatte sull'opportunità di dare vita ad un vero e proprio codice europeo dei contratti⁹.

Da ultimo vanno ancora ricordati i risultati raggiunti sul piano dell'armonizzazione delle norme sulla scelta del diritto applicabile che si collocano, però, su di un piano diverso rispetto a quello oggetto della ricerca¹⁰, considerate che gli interventi di diritto internazionale privato si fermano a dettare regole condivise sulla scelta della legge regolatrice delle obbligazioni.

⁸ R. Zimmermann, *Civil Code and Civil Law*, in Columbia Jour. European Law, 1994, p. 95.

⁹ V. Relazione di P. Pollice, *Unificazione e armonizzazione del diritto privato dei contratti*, tenuta al Convegno italo tedesco di Napoli del 7-8 novembre 2007, in corso di pubblicazione. Su questo aspetto v. infra cap. IV.

¹⁰ J.D. González Campos, *Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato*, in P. Picone (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 33 ss..

Introduzione

Le prime realizzazioni del diritto comunitario nel campo delle transazioni commerciali risalgono alle direttive sulla responsabilità per i prodotti difettosi (1985), sulla vendita porta a porta (1985), sul credito al consumo (1987) alle quali si sono aggiunte qualche anno più tardi, dopo l'Atto Unico del 1987, quelle sui viaggi tutto compreso (1993), sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (1994), sulla vendita al consumo (1999)¹¹. A tutt'oggi, il numero degli interventi si aggira sulla quarantina;

¹¹ Una elencazione degli atti riguardanti i contratti comprende:

- direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole, modificata dalla - direttiva 97/55/CE sulla pubblicità comparativa e dalla direttiva 2005/29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno;
- direttiva 85/374/CEE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi modificata dalla direttiva 1999/34/CE; successivamente il tema è stato ripreso in considerazione della relazione della Commissione (COM (2000) 893) sull'applicazione della direttiva 85/374 relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi;
- direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali;
- direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, modificata dalle direttive 90/88 e 98/7, ed abrogata dalla dir. 2008/48;
- direttiva 88/378/CEE relativa al ravvicinamento della legislazione degli Stati membri concernenti la sicurezza dei giocattoli;
- direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso";
- direttiva 92/59/CEE relativa alla sicurezza generale dei prodotti;

questi, anche se riguardano prevalentemente i contratti con i consumatori, ovvero si riferiscono ad una sfera ben precisa di rapporti di tipo “orizzontale” che intercorrono con un non professionista che, per definizione, rappresenta la parte debole, non si esauriscono in questo ambito soltanto. Si considerino, infatti, i contratti di assicurazione e di intermediazione assicurativa, i contratti bancari e di intermediazione

-
- direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori;
 - direttiva 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari;
 - direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell’acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili;
 - direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, modificata dalla sopracitata direttiva 2005/29;
 - direttiva 98/6 /CE in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori;
 - direttiva 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo
 - direttiva 99/93/CE relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche;
 - direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare del commercio elettronico;
 - direttiva 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti;
 - direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari dei consumatori, modificata dalla sopracitata dir. 2005/29/CE.

Si consideri, inoltre, che è ancora in corso di elaborazione la direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi e sulla responsabilità e relativa assicurazione per il danno ambientale.

Tutto questo senza considerare le direttive in materia di assicurazione (direttiva 92/49 che modifica la direttiva 73/239 per l’assicurazione vita e la direttiva 92/96 che modifica la direttiva 79/267 per l’assicurazione diversa da quella vita), quelle sul diritto bancario (2000/12 e 2000/28), quelle in materia societaria o di rapporti di lavoro che fuoriescono dal presente studio.

finanziaria o i contratti di distribuzione¹². Tutti questi tipi di intervento sono, però, unificabili nel senso che mirano a realizzare e a tutelare la libera concorrenza all'interno del mercato. Quelli, poi, che si riferiscono ai rapporti di consumo e a taluni rapporti tra le imprese nei quali rileva la posizione squilibrata di una delle parti, quella "debole", presentano anche l'elemento comune rappresentato dall'esigenza di ripristinare un minimo di equilibrio tra i soggetti¹³.

Avendo riguardo a questi rapporti e risalendo ai principi che ne hanno ispirato il regime si può cercare di valutare la loro incidenza sul piano interno e, in particolare, se essa debba rimanere circoscritta al settore direttamente considerato (come diritto speciale) oppure se possa aver influito sulla teoria generale del contratto. Questo implica che la normativa considerata abbia una sua autonomia e specificità già all'interno dello stesso diritto comunitario. Una breve disamina sugli altri interventi in materia contrattuale: ad es. contratti informatici, contratti di

¹² Come ricorda P. Pollice, *Unificazione e armonizzazione*, cit., p. 4, tra le ripartizioni proposte per inquadrare l'intervento comunitario nell'ambito del diritto contrattuale, quella più comune individua l'area del diritto dei consumatori, quella dei sistemi di pagamento, quella degli agenti commerciali, del commercio elettronico e quella dei servizi bancari e finanziari, ma altre ne sono state proposte e si fondano sulla distinzione tra diritto della concorrenza, il diritto dei consumatori, il mercato del lavoro, i mercati pubblici e la competenza giudiziaria.

¹³ A rapporti di questo tipo possono essere ricondotti anche quegli interventi realizzati con riguardo a rapporti tra le imprese, come nel caso della direttiva sui ritardi di pagamenti o sulla subfornitura, nei quali ugualmente si evidenzia la necessità di operare a favore della parte debole.

assicurazione e di intermediazione assicurativa, contratti bancari e di intermediazione finanziaria e contratti di distribuzione porta a ritenere che non esistono affinità con i rapporti di consumo.

Accanto a queste e alle altre realizzazioni fino ad oggi conseguite, sulle quali ci intratterremo nel corso dell'indagine, vanno ricordate le proposte volte alla creazione di un vero codice europeo di diritto civile (o, almeno dei contratti) che hanno visto protagonisti le istituzioni comunitarie¹⁴ ma anche rappresentanti del mondo accademico, della cultura, fino alle più recenti iniziative tra cui le Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 che, al punto VII, intitolato *Maggiore convergenza nel settore del diritto civile*, invitavano:

“...il Consiglio e la Commissione a predisporre una nuova legislazione procedurale nelle cause transnazionali, in particolare sugli elementi funzionali ad una cooperazione agevole e ad un migliore accesso alla legislazione, ad esempio misure preliminari, raccolta delle prove, ordini di pagamento e scadenze” (punto 38)

¹⁴ Si ricordano, tra le altre iniziative, la Risoluzione del Parlamento B5-0228-0230/2000, doc. C377, l'elaborazione di un quadro comune di riferimento (Comunicazione della Commissione su “Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo), il secondo Piano d'azione predisposto dalla Commissione (doc. 2003/C63/01, in GUUE C 63, p. 1 ss) con l'obiettivo di realizzare una maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo, il Programma dell'Aja sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'UE (2005/C 53/01) in GUUE, C 53 del 3 marzo 2005. Su ciò v. infra cap. IV.

e si stabiliva che, “Per quanto concerne il diritto materiale,<occorresse> procedere ad uno studio globale sulla necessità di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia civile per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili”.

Questi ulteriori traguardi sono prospettati partendo dalla constatazione dello stato di avanzamento del processo di integrazione e dalla consapevolezza che i tempi sono maturi per nuovi risultati.

In questa prospettiva vanno inquadrare le novità introdotte con il trattato di Amsterdam relative alla attribuzione alla Comunità della competenza ad adottare regole di diritto internazionale privato in tutta la materia civilistica avente connotazioni transfrontaliere (tit. IV, art. 65, TCE). Tale competenza estende, infatti, sia pure da un particolare punto di vista, il campo d'azione del diritto comunitario dalla materia contrattuale, relativamente alla quale le regolamentazioni materiali trovavano già una sufficiente ed idonea base giuridica negli artt. 100 e 100 A (oggi artt. 94 e 95), a tutto il campo del diritto civile. L'art. 65 consente di considerare, ovviamente sotto il profilo del dip, non solo quanto poteva già essere valutato (ma sotto profili diversi!) in base all'art. 95¹⁵, ma anche il diritto di famiglia e il diritto successorio¹⁶.

¹⁵ In questi termini, F. Pocar, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European Conflict of Laws Revolution”?*, in Riv. dir. int. priv. proc., 2000, p. 876 ss.; S. Bariatti, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al titolo iv del trattato CE*, in DUE, 2001, p. 295; M. Gardeñes Santiago, *El desarrollo del derecho internacional privado tras el tratado de Amsterdam*:

Alla luce di queste norme, infatti, sono stati adottati regolamenti che hanno per oggetto la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali (reg. 593/2008) (già regolata dalla convenzione di Roma del 1980) o delle obbligazioni extracontrattuali (reg. 864/2007). L'intervento che si concretizza nell'adozione di regole di diritto internazionale privato è, ovviamente, cosa diversa e meno pregnante della regolamentazione materiale; in un certo senso evidenzia la difficoltà a procedere con modalità più incisive. Il discorso è invece diverso per quei settori, come il diritto di famiglia, in cui sussiste la impossibilità di procedere, dal punto di vista comunitario, sul piano dell'unificazione del diritto materiale non avendo le istituzioni competenza ad operare. Non potendo intervenire con

los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica, in *Rev. der. comun. eur.*, 2002, p. 231 ss; H.P. Mansel, *Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza*, in Baur e Mansel (a cura di), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, München, 2002, p. 5 ss.; P. De Cesari, *Diritto internazionale privato comunitario*, Torino, 2005, p. 10 ss.; O. Remien, *European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, 2001, p. 74; E. Pagano, *La materia civile con implicazioni transfrontaliere e le competenze comunitarie di diritto internazionale privato*, in *DUE*, 2008, p. 138 ss. secondo il quale l'elemento di maggiore differenza tra le due normative sta nelle circostanze in presenza delle quali le misure di diritto internazionale privato possono essere adottate. Mentre l'art. 95 consente di precisare, nel corpo stessa della normativa che viene adottata, la portata degli interventi, l'art. 65 giustifica l'adozione di regole di diritto internazionale privato autonome, sganciate da misure concrete che possono essere, poi, tanto generali, di tipo orizzontale che specifiche e relative a particolari problematiche.

¹⁶ R. Baratta, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 573 ss

l'adozione di regole materiali, esse devono accontentarsi di formulare soluzioni di diritto internazionale privato.

Le competenze previste dal tit. IV del TCE (art. 65, lett. b) sono meglio definite dal nuovo trattato di Lisbona (2007) che, all'interno del tit. IV relativo allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sotto il capo 3, dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia civile, riscrive le competenze dell'Unione al riguardo¹⁷.

¹⁷ Il testo del nuovo articolo 65 prevede:

1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire:

a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

3. In deroga al paragrafo 2, le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite dal Consiglio, che delibera secondo una procedura legislativa speciale. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo. (...)

Capitolo primo

Le fonti del contratto

1. La carta costituzionale. -2. Il diritto regionale. -3. Il diritto comunitario. -4. Segue. Gli effetti prodotti dal diritto comunitario.

1. La carta costituzionale

Al fine di inquadrare il ruolo del diritto comunitario nel particolare contesto del diritto delle transazioni commerciali cui questo studio è dedicato, va delineato il panorama delle fonti di riferimento di questa materia. Al riguardo non va esclusa la fonte primaria del diritto interno rappresentata dalla carta costituzionale con la quale anche il diritto comunitario è chiamato a in linea di principio a confrontarsi¹⁸.

La concezione che attribuisce alle regole contenute nella carta costituzionale un valore e una portata unicamente programmatica, così come quella di rappresentare un mero “limite” alla legislazione

¹⁸ Al problema del rapporto tra costituzione e diritto comunitario sarà dedicato solo qualche cenno *infra* sub par. 4. Va subito detto che l'eventualità di un contrasto tra i due sistemi rimane, allo stato, soltanto teorica nel senso che fin ora il problema di uno scontro non si è posto in maniera concreta (e probabilmente non si porrà neanche in futuro pena il rischio di laceranti rotture che nessuno vuole, né da parte interna né da parte della Comunità).

ordinaria¹⁹, è stata largamente superata e si riconosce ormai alle sue disposizioni l'attitudine ad incidere direttamente nei rapporti intersoggettivi²⁰.

Ovviamente, la conclusione sarebbe diversa se si restasse ancorati alla visione secondo cui le norme costituzionali non possono direttamente incidere nei rapporti tra soggetti avendo, a tale scopo, bisogno della intermediazione di norme ordinarie.

I riferimenti testuali interessanti la materia delle obbligazioni sono considerati principalmente (ma non soltanto) gli artt. 2, 3, 41 e 42 cost.²¹.

Per l'economia di questo lavoro mi limiterò a brevi cenni rimandando per l'approfondimento a studi specifici di ben altro spessore²². L'art. 2 cost. è

¹⁹ V. ad es. N. Irti, *Leggi speciali*, in Riv.dir.civ. 1979, I, p. 150 per il quale la norma costituzionale (programmatica) non disciplina direttamente singole materie o categorie di casi ma enuncia principi che esigono il tramite, necessario e insopprimibile, delle norme ordinarie. Sul punto, v. anche P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1992, p. 17 ss.

²⁰ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 535 ss. il quale contrasta anche l'opinione di chi si limita a vedere nella costituzione una mera elencazione di principi giuridici generali da far valere soltanto in sede d'interpretazione di enunciati normativi ordinari (p. 538 ss). Per questo A. un simile inquadramento delle norme della costituzione non "utilizza a pieno le <loro> potenzialità" (p. 543); F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 22 ss.

²¹ Per la materia civile in senso lato (ed anche per alcuni contratti, come ad esempio quello di lavoro, che questo studio non considera) i riferimenti sono molto più numerosi. Si pensi, ad esempio, alla materia del diritto familiare, ai diritti della personalità, ai diritti civili. Giustamente P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., p. 555 avverte che per il civilista si prospetta un vasto e suggestivo programma di indagine e parla di un diritto civile costituzionale.

stato considerato il nucleo essenziale dell'intero sistema normativo e costituzionale del quale racchiude i valori²³. Ponendo al primo posto la persona ed il bisogno di svilupparne la personalità sia come singolo che in seno alle formazioni sociali questa disposizione darebbe copertura anche all'autonomia contrattuale; la conclusione di contratti può essere considerata, infatti, come un modo attraverso il quale il soggetto realizza la sua personalità e può estrinsecarsi sia dando vita a strutture contrattuali aventi fini economici che ponendo in essere contratti con finalità ideali e non lucrative, come i contratti associativi.

Nell'art. 3, co. 2, è stata vista la premessa stessa del diritto costituzionale privato il cui svolgimento si trova nelle disposizioni del secondo e del terzo Titolo della Parte prima. E' stato detto, infatti, che la regolamentazione costituzionale dei rapporti economici (che sono rapporti fra privati: tra lavoratore ed imprenditore; tra proprietario e non proprietario) acquista significato se viene posta in relazione al principio fondamentale espresso dall'art. 3 che individua e concretizza il perseguimento di obiettivi di liberazione e di emancipazione²⁴. Si pensi, ad esempio, che, basandosi sull'art. 3 (e sull'art. 44) la corte ha dichiarato costituzionalmente legittima una norma di legge che disponeva la riduzione autoritativa del 30% del canone di affitto per eliminare o

²² V. ad es. il pregevole studio di P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., ed in particolare il capitolo undicesimo.

²³ F. Galgano, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1980, p. 58, 108 ss.

²⁴ F. Galgano, *op. cit.*, p. 58

attenuare il danno che sarebbe derivato agli affittuari in quanto si trattava di ricondurre ad equità rapporti contrattuali sperequati a danno della parte più debole²⁵.

La rilevanza dell'art. 41 secondo cui "l'iniziativa economica privata è libera" e "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità" ha sollevato qualche problema in quanto si riferisce all'iniziativa privata e non all'autonomia contrattuale; per questo si è parlato di una sua rilevanza indiretta essendo, l'iniziativa privata, uno strumento dell'iniziativa economica²⁶.

L'art. 41 cost. sull'iniziativa economica è stato, poi, messo in relazione con l'art. 1322 c.c., che espressamente considera l'autonomia contrattuale. In tal modo le due regole si combinerebbero tra di loro: una sul contenuto contrattuale e l'altra sulla creazione di nuove figure. Questa tesi, per quanto possa apparire ineccepibile, si espone a critiche. Si può dubitare sull'identificazione del concetto di iniziativa economica privata con quello di autonomia contrattuale, perché essi hanno un diverso ambito di incidenza. L'iniziativa economica privata è estrinsecazione dell'attività dello *homo economicus*, dell'imprenditore, mentre, l'autonomia contrattuale è prerogativa di chiunque, anche di chi non è imprenditore. Per questo motivo l'ancoraggio all'art. 41 potrebbe finire per privilegiare solo una categoria di soggetti, gli operatori economici; esso potrebbe, infatti, essere

²⁵ Il caso è riferito da F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 789.

²⁶ F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 787.

utilizzato per ravvisare il fondamento costituzionale diretto dell'autonomia contrattuale degli operatori economici che si estrinseca nella stipula dei contratti d'impresa (tutti quelli in cui il profilo fisionomico è caratterizzato dal fatto che sono posti in essere da imprenditori) mentre non sarebbe idoneo a coprire il fondamento costituzionale dell'intera estrinsecazione di autonomia contrattuale.

Tuttavia non si possono escludere delle ricadute in termini di limiti all'autonomia negoziale prodotte dall'art. 41, co. 2; ciò non solo per quel che si riferisce all'utilità sociale ma anche per quanto concerne la tutela della sicurezza, della libertà e della dignità della persona umana, e, per quello che interessa più da vicino questo studio, del consumatore.

A sua volta, l'art. 42, co. 2 fa ruotare il riconoscimento e la garanzia della proprietà privata nell'ambito del concetto della funzione sociale. I concetti di "utilità sociale" e di "funzione sociale" sono elastici e risentono della concezione politica del tempo in cui furono formulati; è difficile individuarne con precisione il contenuto precettivo.

Si consideri che, nell'ambito della tutela del consumatore, l'art. 1 del codice del consumo fa riferimento proprio al rispetto della costituzione, dando atto della rilevanza diretta delle sue disposizioni e dei suoi principi fondamentali in tema di tutela dei diritti della persona, oltre che alle regole soprannazionali dalle quali è stata patrocinata²⁷.

²⁷ V. commento art. 1 del *Codice del consumo* a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 7.

Della costituzione sono stati considerate rilevanti anche quelle norme più specifiche che esprimono valori corrispondenti agli interessi in discussione. Gli atti di autonomia negoziale che, per es., incidono sulla salute, gli atti di consenso o assenso a trattamenti sanitari (consenso informato è negozio giuridico unilaterale, che si correla al diritto alla salute) non troverebbero solo tutela nell'art. 2 o nell'art. 41 quanto nell'art. 32, la cui precettività è ormai acquisita, e nell'art. 13 sulla libertà personale del soggetto. Di qui il fondamento del danno biologico, che è la conseguenza, appunto, della precettività dell'art. 32 correlato all'art. 2043 c.c. sul danno ingiusto. La rilevanza cost. della risarcibilità del danno esistenziale che ruota intorno all'art. 2 cost. deriva dalla compressione delle attività realizzatrici della persona.

Se si vuole porre in essere un atto formativo di una associazione sindacale o politico si deve fare riferimento, oltre che all'art. 2, agli artt. 39 e 49 secondo cui la libertà associativa si manifesta nel dar luogo a sindacati e in partiti politici, rispondenti a connotazioni democratiche.

Secondo l'art. 39, co. 2 "è condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica". L'art. 49 prescrive che "tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale". La struttura dell'organizzazione partitica deve essere improntata a criteri democratici; questo principio è il limite all'autonomia associativa destinata alla creazione di partiti e sindacati. Principio

estensibile ben oltre l'ambito dei partiti e sindacati. Qualunque formazione sociale anche a carattere lucrativo, anche in materia di società deve essere improntata alla democrazia interna; qualunque componente dell'associazione deve partecipare all'attività e concorrere alla formazione della volontà dell'ente.

Il limite di cui agli artt. 39 e 49, testualmente fissato per partiti e sindacati, deve essere ritenuto valido per qualunque formazione sociale.

Anche in sede di diritto di famiglia, vi sono limiti derivanti dalla carta cost., che pure in senso positivo tutela e salvaguardia in via diretta l'autonomia negoziale. Nel campo del diritto di famiglia si consideri il principio della eguaglianza giuridica e morale dei coniugi. Dopo riforma del '75 è stata riconosciuta ai coniugi la possibilità di modificare il regime legale dei loro rapporti patrimoniali. Se il regime legale è costituito dalla comunione legale, esso può, entro certi limiti, essere modificato per essere meglio adattarlo alle esigenze di quel determinato nucleo familiare. L'art. 210 c.c. valorizza l'autonomia negoziale nel campo del diritto di famiglia fino ad incidere sul regime legale patrimoniale dei coniugi. Dal principio dell'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi deriva che i coniugi non possano, invocando l'art. 210 c.c., dar luogo ad una comunione convenzionale detta universale, in cui cadono in comunione anche i beni personali che, in base all'art. 179 c.c., non possono cadere in comunione. In questo modo sarebbe vulnerato il principio dell'uguaglianza giuridica e

morale dei coniugi perchè uno dei coniugi potrebbe approfittarne e far cadere in comunione anche i beni personali dell'altro coniuge.

Un altro limite, derivante sempre dalla carta e dal principio dell'unità della famiglia, riguarda un accordo sulla conduzione della vita familiare che attentasse al principio della unità della famiglia; esso è nullo, perchè contrario al principio informatore del nostro diritto costituzionale della famiglia. Così sarebbe per l'accordo con cui si stabilisce che ogni coniuge conduce una vita autonoma e che si vedono solo una volta ogni tanto. Questo tipo di accordo mina la vita della famiglia ed è nullo perchè non osservante il limite costituzionale.

Per concludere su questa tesi che estende l'ambito di operatività della carta costituzionale a tutte le manifestazioni di autonomia negoziale, non si dovrebbe più parlare al singolare di fondamento cost. dell'autonomia contrattuale, ma di fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale.

2. Il diritto regionale

E' controverso se anche il diritto regionale possa svolgere un ruolo sull'autonomia contrattuale a seguito della riforma del titolo V della Cost. e dell'art. 117. La riforma del titolo V della Costituzione attuata con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 ha ridisegnato la distribuzione della potestà legislativa tra Stato e Regioni. In specie, l'art. 117 Cost. (nella

sua attuale formulazione) ha attribuito allo Stato competenza esclusiva in materia, tra l'altro, di "ordinamento civile", ma ha conferito alle Regioni competenza legislativa, in via concorrente o esclusiva, in molte materie aventi diretta attinenza privatistica (commercio con l'estero, professioni, ordinamento sportivo, tutela della salute, governo del territorio, trasporti, previdenza, beni culturali, casse di risparmio ecc.). Esiste, dunque, uno spazio legislativo regionale in materia privatistica. La corte costituzionale ha statuito che al legislatore regionale non è precluso in modo assoluto di dettare norme di diritto privato per cui anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza (corte cost., sentenza n. 352 del 2002).

Si consideri, poi, che le Regioni sono sempre più interessate in via diretta dal processo di integrazione europea (si veda ad es. l. 4 febbraio 2005 n. 11).

Anche in sistemi diversi dal nostro si è conosciuto lo sviluppo di un diritto privato "regionale" o locale consente di inquadrare in una prospettiva più ampia anche i temi e i problemi sorti in ambito nazionale.

3. Il diritto comunitario

A questi riferimenti si aggiunge, poi, il diritto comunitario che ha introdotto le maggiori novità sulla disciplina dell'autonomia contrattuale, da quando questa materia ha assunto un posto centrale nelle sue competenze, per i suoi collegamenti con le finalità e con gli obiettivi propri della Comunità.

Il rinnovato pluralismo delle fonti che incidono sul diritto dei contratti rappresenta un fenomeno ormai acquisito e costituisce l'effetto più evidente di un radicale processo di trasformazione che mette in crisi la tradizionale costruzione codicistica dei rapporti economici.

Il compito del giudicante nazionale, già aduso a districarsi tra codificazione prerepubblicana, leggi speciali e principi costituzionali, si arricchisce di contenuto e di responsabilità con l'irruzione della disciplina comunitaria dei rapporti economici, che si traduce in una nuova regolamentazione dei relativi contratti. D'altra parte, il futuro stesso dell'Unione europea dipenderà dal modo in cui verrà recepita dal diritto vivente l'onda riformatrice ed uniformatrice della fonte sovra nazionale. Il crescente interesse della legislazione comunitaria per i rapporti interprivati si spiega proprio in termini di mutamento degli obiettivi strategici avvenuta con l'Atto Unico e con il trattato di Maastricht, in quanto la necessità di creare un mercato unico interno coincidente con l'intero territorio dell'Unione, in luogo di un mercato comune nel quale fossero semplicemente facilitati gli scambi tra Paesi membri, ha comportato la graduale ma inevitabile rivisitazione delle singole

normative nazionali per renderle uniformi nel cammino verso l'eliminazione delle distorsioni al meccanismo concorrenziale causate dalle differenti regole positive di mercato esistenti.

Invero un mercato interno può instaurarsi soltanto ove venga creato un complesso di regole uniformi che rappresenti un nucleo omogeneo del diritto delle transazioni, in grado di assicurare una soddisfacente allocazione delle risorse mediante interventi riequilibratori che eliminino situazioni di debolezza negoziale e che assicurino un effettivo esercizio della libertà di contrattazione in ambito sovranazionale.

In questa ottica si spiega quella che a prima vista può apparire una inspiegabile anomalia del diritto di fonte comunitaria, consistente nel privilegio accordato ad alcune aree della tradizionale materia privatistica, fatte oggetto di un intervento serrato (come quella dei contratti) a discapito di altre (come il diritto di famiglia e le successioni) verso le quali si registra un interesse solo da qualche tempo (si ricordi però che alcuni aspetti legati al diritto di famiglia sono stati da sempre presenti all'interesse comunitario come quello del ricongiungimento del nucleo familiare) e in una certa prospettiva (si allude alla trattazione dal punto di vista del diritto internazionale privato in coincidenza con le nuove competenze previste dal tit. IV del trattato).

Si aggiunga, inoltre, che, all'interno dei contratti gli interventi comunitari si sono pressoché concentrati sui contratti con i consumatori, considerati, a giusta ragione, la parte debole del contratto meritevole di particolare

attenzione. Questo ha determinato forti critiche e tentativi di colmare le disuguaglianze che si determinano a svantaggio di quanti, pur trovandosi in una situazione di oggettivo svantaggio, non sono stati direttamente tutelati.

Questi rilievi non sono del tutto ingiustificati, anche se la figura del consumatore ha un ruolo centrale nella costruzione del mercato al punto che attraverso la sua tutela, il diritto comunitario è riuscito a perseguire l'obiettivo fondamentale della tutela della concorrenza. Non a caso, infatti, esigenze di giustizia hanno imposto interventi di riequilibrio anche di altre situazioni, non direttamente riguardanti i consumatori, nelle quali ugualmente si evidenziava una situazione sperequata. E, così, si sono avuti altri interventi comunitari che tentato di porre rimedio proprio a queste situazioni (su ciò v. *infra* cap. II).

4. Segue. *Gli effetti prodotti dal diritto comunitario*

Nell'ampio settore dei rapporti civilistici, la produzione normativa comunitaria è all'origine di un duplice effetto²⁸: da una parte essa ha promosso la riforma di interi filoni della disciplina contrattuale colmando delle vere e proprie lacune lasciate dal legislatore nazionale o

²⁸ G. Chinè, *op. cit.*, p. 750.

stravolgendo principi ed istituti appartenenti ad una determinata tradizione giuridica, dall'altra, ha introdotto una sorta di doppia velocità nell'evoluzione del diritto privato poiché lo sviluppo della disciplina di alcuni settori, quali quello dei soggetti, dei beni, delle obbligazioni e dei contratti, della tutela dei diritti non è direttamente proporzionale al processo di evoluzione sociale di altri settori quali quello del diritto di famiglia o successorio.

Ma anche all'interno dello specifico settore dei rapporti contrattuali, l'attenzione del legislatore comunitario si è posata in via preferenziale su alcune tecniche di contrattazione e su particolari tipi contrattuali, seguendo le linee guida di un'evoluzione normativa confacente all'obiettivo della creazione di un mercato comune.

La preferenza è stata accordata ai contratti che, rappresentando il momento di incontro tra domanda ed offerta di beni o servizi, costituiscono il volano di una moderna economia di mercato: trattasi di tutte quelle transazioni, spesso più significative dal punto di vista professionale, che sono mosse da bisogni spesso insopprimibili ed indifferibili del soggetto e che sono legate alla sua stessa sopravvivenza ed a quella dei membri del suo nucleo familiare.

Tali transazioni, da cui scaturiscono i cosiddetti rapporti di consumo, sono state oggetto di numerosi interventi del legislatore di Bruxelles che sono di efficacia diretta negli ordinamenti interni o che sono stati recepiti da questi. Da qui la formazione di un vero e proprio *jus singulare* connotato

sia dal punto di vista soggettivo, per ciò che concerne le parti del rapporto, sia da quello oggettivo, relativamente ai beni o servizi oggetto di cessione.

Per quanto concerne gli atti comunitari adottabili, il ricorso ai regolamenti o alle direttive per la regolamentazione di queste materie è in funzione dei risultati che si vogliono conseguire e tiene conto delle competenze comunitarie²⁹.

Per quanto riguarda, infine, il problema del rango dei regolamenti nell'ordinamento interno³⁰ e quello del rapporto tra il diritto comunitario e le leggi interne configgenti, esso è stato risolto, come è noto, con la sentenza della Corte cost. dell'8 giugno 1984 n. 170, *Granital*, che ha chiuso una annosa questione che per venti anni aveva visto su posizioni diverse la nostra Corte cost. e la Corte di giustizia di Lussemburgo autorizzando i giudici interni a disapplicare le norme nazionali in contrasto col diritto comunitario³¹.

²⁹ Su ciò, per tutti, v. F. Caruso, *Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario*, (a cura di Picone) Diritto internazionale privato e diritto comunitario, Padova, 2004, p. 3 ss.

³⁰ v. F. Caruso, *Unificazione del diritto, diritto uniforme e ravvicinamento delle legislazioni nella CEE*, in Nov.mo digesto, App. VII, Torino, 1987, p. 972 ss.

³¹ Analogo trattamento è stato riconosciuto, poi, con la sent. Corte cost. n. 389/89, anche alle sentenze interpretative della corte di Lussemburgo. Sull'adattamento dell'ordinamento al diritto comunitario e al travagliato percorso seguito dalla nostra corte costituzionale, v. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 299 ss.

A sua volta, la riforma del titolo V cost., con la nuova formulazione dell'art. 117, ha ribadito il primato del diritto comunitario nell'ordinamento italiano.

Nell'interpretazione data dalla corte costituzionale al problema del rango del diritto comunitario resta salva la prevalenza dei principi costituzionali in caso di contrasto. Se, dunque, per la legislazione interna il rispetto del diritto comunitario si configura come un limite, a loro volta, i valori costituzionali interni irrinunciabili rappresentano il controlimite che il diritto comunitario non può superare.

Da notare che nel trattato costituzione (trattato che avrebbe voluto adottare una costituzione per l'Europa) queste due opposte esigenze avevano trovato una composizione negli artt. 5 e 6 della parte I. Nel trattato di Lisbona del dicembre 2007 (versione consolidata), che è in corso di ratifica da parte degli Stati membri, invece, abbiamo l'art. 4, n. 2 che stabilisce che l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri e le loro identità nazionali, mentre il primato del diritto dell'Unione negli ordinamenti interni (nelle materie di competenza dell'Unione) è oggetto di una Dichiarazione, la n. 17, allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato. In essa è ricordato che, per prassi della Corte di giustizia, il diritto dell'Unione³² prevale sul diritto

³² Da notare che, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, non esisteranno più i tre pilastri che ci sono oggi e di cui la Comunità è il primo; con la Comunità

interno degli Stati. Per quanto concerne, invece, le direttive va ricordato che, in certi casi e a precise condizioni, si pone anche il problema della loro efficacia diretta³³.

sparirà anche il secondo pilastro (Pesc) e il terzo (GAI) e resterà solo l'Unione Europea.

³³ G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2005, p. 198 ss; G. Tesauero, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 145 ss. Sull'efficacia delle direttive dettagliate nell'ord. it. v. sent. corte cost., 168/91.

Capitolo secondo

Le realizzazioni, i settori armonizzati, i risultati conseguiti

1. I settori di intervento del diritto comunitario. -2. Perché i consumatori? -3. Non soli i consumatori. I contratti di impresa. -4. Segue. La tutela del contraente debole. Ricadute nell'ordinamento italiano. -5. Segue. Il rapporto di *franchising*. -6. Conseguenze sulla teoria interna del contratto. -7. Apertura del diritto comunitario ad istanze di carattere sociale. -8. La neutralità del contratto rispetto allo status dei contraenti. -9. Le fasi attraverso le quali si sviluppa la tutela del consumatore. -10. Segue. I contratti conclusi a distanza. -11. Segue. *L'e-commerce*. -12. Segue. I contratti negoziati fuori dei locali commerciali. -13. La seconda fase. -13 a. La forma contrattuale. -13 b. I contratti per i quali ricorrono le regole sulla forma scritta. -14. Le clausole vessatorie. -15. Segue. Il caso della penale manifestamente eccessiva. -16. La terza fase. L'esecuzione, il diritto di regresso. -17. Segue. Il diritto di recesso. -18. L'interpretazione del contratto. -19. L'intervento del giudice a tutela dell'equità del contratto. -20. Sanzioni, conseguenze, garanzie. -21. La deroga alla nullità codicistica. -22. La *nullità relativa*. -23. Segue. Altri casi di *nullità relativa* previsti dal diritto comunitario. -24. Sull'ampliamento delle aree di incidenza dello schema contrattuale. -25. Nuove figure contrattuali: la questione del pegno rotativo. -26. Valutazioni conclusive.

1. I settori di intervento del diritto comunitario

Come già detto, gli interventi comunitari in materia civile hanno riguardato prevalentemente aspetti relativi ai diritti dei consumatori e ai contratti (includendo tra questi anche quelli relativi al commercio elettronico; ai rapporti bancari, dell'intermediazione finanziaria, delle assicurazioni, delle società commerciali, delle associazioni, delle libere

professioni; ai rapporti di lavoro e a quelli societari). Per vero, il diritto comunitario si è occupato anche di altri aspetti del diritto civile come la disciplina dei dati personali³⁴, delle telecomunicazioni³⁵, dell'ambiente, dei beni culturali³⁶, della famiglia³⁷, del diritto internazionale privato³⁸; ma l'attenzione principale (nel campo del diritto civile) è stata rivolta ai contratti³⁹ che rappresentando «il momento di incontro tra domanda ed offerta di beni o servizi, costituiscono il volano di una moderna economia di mercato»⁴⁰ che la Comunità si è proposta di realizzare.

Pur intervenendo principalmente in questo settore non può dirsi, però, che la Comunità abbia perseguito una politica di riforma generale del

³⁴ Direttiva 95/46 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati.

³⁵ F. Donati, *Telecomunicazioni e televisione*, in Trattato di diritto privato, (diretto da M. Bessone), vol. XXVI, Il diritto privato dell'Unione europea (a cura di A. Tizzano), Torino, 2006, I, p. 571 ss.

³⁶ M. Marletta, *La restituzione dei beni culturali*, Padova, 1997, p. 12; Id. *I beni culturali*, in Trattato di diritto privato, (diretto da M. Bessone), I, cit., p. 305 ss; M. Cornu, *L'Europe des biens culturels et le marché*, in *Clunet*, 2002, p. 677 ss.

³⁷ Da ultimo v. AAVV., *Diritto di famiglia e Unione Europea*, a cura di S. Carbone e I. Queirolo, Torino, 2008.

³⁸ E. Pagano, *art.cit.*, p. 127 ss.

³⁹ E' stata prospettata come una anomalia del diritto di fonte comunitaria il fatto che la preferenza sia stata da esso indirizzata verso questa area del diritto privato a detrimento di altre, come il diritto di famiglia o le successioni. Sul punto v. G. Pugliese, *Aspetti del "diritto comune europeo"*, in Studi in memoria di G. Gorla, II, Milano, 1994, p. 1078 ss. Invero, sulla opportunità e la necessità di avviare il processo di unificazione del diritto civile partendo dai contratti, v. C. Castonovo, *I principi del diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in Banca, borsa, titoli di credito, 1995, I, p. 30.

⁴⁰ G. Chinè, *op. cit.*, p. 753.

diritto materiale delle pattuizioni contrattuali. I suoi interventi, infatti, sono stati settoriali e selettivi; e se, a volte, hanno introdotto regole di carattere generale, come nel caso delle clausole abusive contenute nei contratti dei consumatori (dir. 93/13) e alle garanzie nelle vendite (dir. 99/43), altre volte hanno disciplinato singoli tipi contrattuali, come la disciplina della multiproprietà (dir. 94/47 time share), dei contratti di viaggio tutto compreso (dir. 94/314) o della vendita di beni di consumo (dir. 99/44) oppure hanno regolato modalità di conclusione del contratto (ad es. vendite fuori dei locali commerciali, dir. 85/577), o tecniche di contatto con il cliente e i mezzi di pagamento, come nel caso della direttiva sull'*e-commerce* (dir. 2000/31) e quella sui ritardi dei pagamenti (dir. 2000/35). In questo modo spesso sono sorti problemi di coordinamento delle nuove discipline con quelle esistenti negli ordinamenti interni, e non abrogate, col rischio di effetti distorsivi anche a causa della mancata definizione dei termini adoperati⁴¹. Ciò ha comportato che nei diversi ordinamenti si avesse l'applicazione di una disciplina diversa allo stesso fenomeno, col rischio di far venire meno gli obiettivi di uniformazione perseguiti dal trattato⁴².

⁴¹ G. Alpa, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo*, in *Giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 174.

⁴² G. Chinè, *op. cit.*, p. 755 ricorda il diverso significato della nozione di "danno" nei vari ordinamenti a fronte di un atteggiamento delle istituzioni che talvolta hanno adottato una definizione con riferimento al singolo intervento normativo (ad es. direttiva n. 374 del 1985 sulla responsabilità per danno da prodotti

Considerato che la Comunità, già nella sua concezione originaria, poteva attivarsi nel campo del diritto civile *nella misura in cui ciò fosse risultato necessario per il raggiungimento ed il funzionamento del mercato comune* e si fossero configurate ripercussioni sul commercio tra gli Stati (artt. 100, 101 e 103 del trattato originario), si è affermato che le sue capacità di intervento erano, sin dall'inizio, enormi; in tal modo si è inteso evidenziare, con il senno di poi, addirittura il ritardo e l'esitazione con cui la Comunità sarebbe intervenuta. Come è stato, invece, chiarito⁴³, al momento della creazione della Comunità, la capacità di penetrazione del diritto comunitario nel dominio del diritto privato non era affatto manifesta; per di più, non era stata neppure intuita, e non certo per incapacità della dottrina o delle istituzioni comunitarie. Per lungo tempo, l'azione comunitaria è stata finalizzata essenzialmente a rimuovere le restrizioni alla libera circolazione dei fattori produttivi. Essa non ha avvertito, quindi, l'esigenza di dettare la disciplina materiale dei diversi settori di sua competenza dovendo provvedere ad eliminare gli ostacoli allo svolgimento transfrontaliero delle relative attività, per quanto necessario alla realizzazione del mercato comune. Di qui il carattere

difettosi) mente in altre ipotesi hanno lasciato all'interprete la libertà di riempire la nozione dei più disparati significati (v. direttiva n. 314 del 1990 sui viaggi e le vacanze tutto compreso) (v. anche infra cap. IV).

⁴³ Vedi A. Tizzano, Presentazione alla prima edizione del volume *Il diritto privato dell'Unione Europea*, vol. XXVI, Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, (a cura di A. Tizzano), Torino, 2006, I, p. VIII, che ribatte ai rilievi di Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die europäischen Gemeinschaft*, Berlin, 1999, p. 78 s.

strumentale più che materiale delle competenze comunitarie che ha connotato il primo periodo di attività. Questo spiega anche come gli interventi nel campo del diritto privato non abbiano assunto il carattere di una azione sistematica (l'unica eccezione riguarda le direttive in materia societaria). Solo con il progredire del disegno comunitario e con l'ampliamento degli obiettivi e delle aree di competenze, la Comunità è stata spinta ad occuparsi di settori e di profili che si collocano ben oltre quel dominio dell'economia assunto inizialmente ad esclusivo orizzonte del processo di integrazione e la sua azione si è dispiegata verso altre prospettive e ha consentito l'adozione di più organiche iniziative normative. Come è stato messo bene in evidenza, la preferenza è stata, poi, accordata ai contratti che, rappresentando il momento di incontro tra domanda e offerta di beni o servizi, costituiscono il volano di una moderna economia di mercato⁴⁴; al centro dell'attenzione delle istituzioni comunitarie si trova, infatti, lo sviluppo e la tutela della concorrenza⁴⁵.

2. Perché i consumatori?

Nell'ambito dei contratti emerge una preferenza del diritto comunitario a trattare i rapporti tra operatori economici professionali e consumatori

⁴⁴ G. Chiné, *op. cit.*, p. 753

⁴⁵ G. Chiné, *op. cit.*, p. 762.

finali (quello dei rapporti c.d. *business to consumer*)⁴⁶, senza prestare troppa attenzione, almeno in un primo tempo, ai rapporti verticali tra imprese (rapporti *business to business*).

Questa scelta può apparire poco comprensibile⁴⁷. Al contrario, come già accennato, essa è in perfetta linea con gli obiettivi del trattato, “poiché la realizzazione del grande mercato unico deve muovere dalla regolarizzazione dei singoli segmenti di mercato, connotati sia dal punto di vista soggettivo che dei beni e servizi coinvolti, in cui siano presenti più evidenti distorsioni e disfunzioni dello strumento concorrenziale”⁴⁸. In questo contesto i consumatori svolgono un ruolo fondamentale che è stato definito di “arbitri del mercato”⁴⁹. Un consumatore debole crea, infatti, una distorsione ed impedisce, suo malgrado, la costituzione di un mercato

⁴⁶ Sulla definizione di consumatore la bibliografia è amplissima. Mi limito a citare G. Cian, *Il nuovo capo XIV-bis del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 411; G. Alpa-G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XV, Appendice, Torino, 1997, p. 545; G. Chiné, *Il consumatore*, in *Trattato diritto privato europeo* (a cura di N. Lipari), I, Padova, 1997, p. 173 ss.; Id., *Il diritto comunitario dei contratti*, cit., p. 761; L. Gatt, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999.

⁴⁷ Al riguardo v., ad es., L. Bigliazzi Geri, *Art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis – 1469 sexies*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, p. 84 ss.

⁴⁸ G. Alpa-G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del)*, cit., p. 545.

⁴⁹ Così il Comitato economico e sociale nel parere sul “Consumatore ed il mercato interno” del 24 novembre 1992 in GUCE C-19/22 del 25 gennaio 1993.

veramente concorrenziale. Infatti, tra gli obiettivi di regolazione del mercato e finalità di tutela del contraente debole non vi è contrasto né incompatibilità⁵⁰. «Il perseguimento di istanze perequative e di giustizia contrattuale è una necessità vitale per lo stesso mercato, ponendosi come il migliore antidoto all'instaurarsi di meccanismi distorsivi di alterazione del suo corretto e regolare funzionamento»⁵¹. Dalla posizione del consumatore e dal suo grado di tutela dipende anche quella complementare dell'impresa che acquisirà vantaggi in termini concorrenziali sulle altre imprese⁵².

Questo concetto è chiaramente espresso, ad esempio, nel considerando n. 20 della dir. 97/7 sul commercio a distanza ove è affermato che "il mancato rispetto delle disposizioni della presente direttiva può recare pregiudizio ai consumatori ma anche ai concorrenti" o, ancora nel considerando n. 8 della dir. 2005/29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra le imprese e i consumatori dove, dopo aver detto che «La presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche sleali tra imprese e consumatori», precisa che «Essa, quindi, tutela

⁵⁰ G. Oppo, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso una riforma?* Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Treviso 23-25 marzo 2006, in Riv.dir.civ. 2006, p. 49.

⁵¹ V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in Riv. dir. civ., 2007, I, p. 848.

⁵² AA.VV. *Consumatori, diritti e mercato*, Milano, 1998; L. Ferrari Bravo, *Lezioni di diritto comunitario*, II, Napoli, 2002, p. 125 ss.

indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale».

Tutto questo non ha impedito che, come appena si vedrà (*infra* par. successivo), l'interesse comunitario si estendesse oltre il contesto dei consumatori in senso stretto, intesi come coloro che contraggono per acquisire servizi «al di fuori dell'esplicazione della <loro> specifica attività professionale»⁵³, e potesse prendere in considerazione anche quei rapporti tra imprese nei quali ugualmente si evidenzia uno squilibrio tra i contraenti⁵⁴.

E' stato fatto notare che in tal modo il diritto comunitario ha demolito il mito del liberalismo di mercato fine a se stesso, considerato come «un sistema di trasmissione di informazioni neutrale rispetto ai fini», di un mercato inteso «come sistema per tentare di separare la realizzazione delle aspettative individuali dai valori della convivenza politica»⁵⁵ ed ha perduto il carattere "neutrale" non condizionato dalle opzioni che dominano il diritto statale. Esso ha, inoltre, demolito, o contribuito a demolire anche il diritto contrattuale anteriore, legato alla tradizione

⁵³ L. Gatt, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁴ A favore di questa interpretazione, L. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁵ R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997, p. 36 e 40 s. riportato da A. Somma, *Diritto comunitario v. diritto comune europeo*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti. Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, Milano, 2004, p. 48.

romanistica, ove la disciplina del contratto era indipendente dalla regolazione del mercato. E nel mercato che si andava configurando era essenziale impedire agli imprenditori di abusare delle strutturali asimmetrie informative di cui godono nei confronti dei fruitori finali di beni e di servizi⁵⁶

3. Non solo i consumatori: *i contratti di impresa: i ritardi dei pagamenti. L'abuso di dipendenza economica: il caso della sub fornitura e quello del franchising*

Come appena accennato, la tutela del diritto comunitario nel campo dei contratti non è limitata ai contratti coi consumatori ma ha guardato oltre questo ambito mirando a parificare il consumatore utente e la piccola media impresa nel senso che la tutela assicurata in linea di principio al primo dovrebbe essere estesa anche a quei contratti tra gli operatori economici di diversa consistenza economica per i quali ugualmente si evidenzia l'asimmetria del potere contrattuale avendo uno dei due una forza contrattuale decisamente ridotta rispetto all'altro.

Questa tendenza trova anche riscontro in dottrina dove si registra una certa convergenza nel ritenere che la asimmetria del potere contrattuale

⁵⁶ P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in Riv. dir. civ., 2006, I, p. 418.

merita di essere corretta anche quando si manifesta nei contratti tra operatori economici a diversa consistenza economica⁵⁷.

L'elaborazione normativa maturata in ordine ai contratti dei consumatori tende, così, ad estendersi anche ai contratti tra operatori economici, in particolare tra una grande impresa ed un piccolo-medio imprenditore, laddove si evidenzia una posizione sperequata con un intervento riequilibratore.

Il diritto comunitario si è mosso in questa prospettiva ed ha considerato, tra i suoi obiettivi, la necessità di combattere l'asimmetria del potere contrattuale, che si verifica quando i soggetti del contratto hanno una diversa forza contrattuale, al fine di garantire l'equità dei rapporti e di assicurare che il regolamento d'interessi non risulti eccessivamente sbilanciato.

L'apertura verso queste forme di tutela ha trovato riscontro positivo nella dir. 2000/35 sui ritardi nei pagamenti (di cui al d.lgs. 231/02) che pone in essere una serie di soluzioni destinate ad estendere le stesse garanzie che spettano al consumatore-utente anche all'operatore economico meno forte. Essa mira a ridurre l'asimmetria del debitore, che paradossalmente è in

⁵⁷ T. Longu, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in Riv. dir. civ., 2000, II, p. 345; R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, in Contatto e impresa/Europa, 2003, p. 715 ss. ed anche C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, p. 23 ss. evidenziano l'ingiustizia che diversamente emergerebbe da un trattamento diseguale di situazioni tutto sommato corrispondenti; L. Bigliazzi Geri, *o.u.c.*, p. 84 ss.

una posizione forte di fronte al creditore, che è l'operatore più debole in quanto costretto a subire il ritardo. Nel considerando n. 7 della citata direttiva si legge che «I periodi di pagamento eccessivi e i ritardi di pagamento impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese e, in particolare, a quelle di piccole e medie dimensioni. Inoltre tali problemi costituiscono una tra le principali cause di insolvenza e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro».

Nella stessa prospettiva va considerata la normativa introdotta con la dir. 2007/64 relativa ai *servizi di pagamento nel mercato interno*⁵⁸; l'esigenza di tutela dei consumatori contro pratiche sleali e ingannevoli (considerando n. 22), infatti, fa sì che essa si applichi indistintamente a tutti i fruitori di questi servizi e, quindi, anche agli operatori professionali, oltre che ai consumatori in senso stretto⁵⁹.

4. Segue. *La tutela del contraente debole: ricadute nell'ordinamento italiano*

⁵⁸ In GUUE 2007 L 319

⁵⁹ Per vero, una parte della dottrina (G. Chinè, *Il diritto comunitario*, cit., p. 766 ss. che riporta L. Delli Priscoli, *"Consumatore", "imprenditore debole" e principio di uguaglianza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 749) rimane dell'idea che il diritto dei consumatori debba restare circoscritto alla sfera dei consumatori in senso stretto e che l'obiettivo del riequilibrio dei rapporti nelle situazioni sbilanciate riguardanti imprenditori professionisti possa essere perseguito a parte, come in realtà è avvenuto, con altre tecniche ed altre modalità (es. con poteri di intervento giudiziale).

E' da notare che l'ordinamento italiano non si è limitato a recepire, come era suo obbligo fare, le direttive comunitarie ma, autonomamente, sia pure ispirandosi al diritto comunitario, ha stabilito ulteriori interventi normativi finalizzati ad attenuare la asimmetria del potere contrattuale quando una delle parti è la grossa impresa e l'altra una piccola o media impresa o artigianale.

Ciò lo ha fatto con riguardo alla *subfornitura* che ricorre quando la piccola impresa, ovvero il sub fornitore, produce, su direttive del committente, un determinato bene che serve poi al prodotto confezionato da quest'ultimo e, inoltre, con riguardo al rapporto di *franchising*.

Della prima situazione si è occupata la legge 192/98, della seconda la legge 129/04. In entrambi i casi non si è trattato, come accennato, di dare attuazione a direttive comunitarie ma il legislatore italiano ha agito di sua iniziativa.

Invero, da parte delle istituzioni comunitarie l'esigenza di prestare tutela al contraente debole nel rapporto tra imprese era stata, in un primo momento, considerata sia con riferimento alla figura del contratto di subfornitura che sotto il profilo dei ritardi dei pagamenti (v. Comunicazione della Commissione del 30 agosto 1989 "sullo sviluppo della subfornitura nella Comunità"). Successivamente, però, si è deciso di separare le due questioni e, mentre alla seconda è stata data una soluzione positiva con la dir. 2000/35, per la prima si è avuta unicamente la predisposizione di guide pratiche sugli aspetti e sui regimi giuridici della

subfornitura industriale con la formulazione delle “Linee direttrici per la partnership di subfornitura industriale”, che costituiscono una sorta di codice deontologico, da parte dell’UNICE (*Union of Industrial and Employers’ Confederations of Europe*) che è l’organizzazione europea delle imprese industriali di più grandi dimensioni⁶⁰.

Ora, l’art. 9 della legge 192/98 sulla sub fornitura (integrato e modificato dall’art. 11 della l. 57/2001) ha introdotto il divieto di abuso, da parte di una o più imprese, dello stato di dipendenza economica nel quale si trova una impresa cliente o fornitrice ed ha stabilito la nullità del patto attraverso il quale si realizza l’abuso di dipendenza economica.

Questa disposizione ha introdotto nell’ordinamento italiano una figura nuova⁶¹ che, secondo la dottrina, va al di là del rapporto di subfornitura per applicarsi ad ogni tipo di relazione tra le imprese⁶².

⁶⁰ Così R. Caso, *Luci ed ombre della legge sull’abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, in Atti del convegno *La tutela del contraente debole nei rapporti d’impresa*, Trento 25 gennaio 2007 consultabile in www.Jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/subfornitura/art/Caso_Abuso_dip_eco_Subfornitura.pdf

⁶¹ La legge 192/98, al 1° co. stabilisce che *è vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare nei rapporti commerciali con un’altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*;

Al 2° co. continua: *L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.*

Si ritiene, infatti, che il divieto di abuso di dipendenza economica sia espressione della nuova tendenza normativa volta a sanzionare, su di un piano generale, oltre le ipotesi “classiche” del consumatore, comportamenti scorretti nei confronti del contraente più debole⁶³.

Le fattispecie che danno luogo a tale figura di abuso sono varie.

Il legislatore sanziona e reprime non la dipendenza economica, che è una situazione insita nel mercato ed è determinata inevitabilmente dalla diversa consistenza economica delle aziende che vi operano, ma l’abuso che se ne può fare, come il diritto comunitario, da parte sua, non vieta la posizione dominante ma l’abuso di tale posizione⁶⁴. Infatti, il legislatore vuole reprimere l’approfittamento di questa situazione di dipendenza economica. Da notare come l’espressione adoperata nella legge 192/98, dove considera “un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi”, corrisponde praticamente a quella adoperata dall’art. 33 del codice del consumo in tema di clausole vessatorie dove sono considerate tali le clausole che determinano a carico del consumatore “un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” a sottolineare come la tutela

⁶² C.Berti- B.Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003, p. 182

⁶³ Così anche F. Gazzoni, *op.cit.*, p. 1206 dove, dopo aver ricordato che la legge 192/98 disciplina la subfornitura precisa che “L’art. 9 prevede l’ipotesi di dipendenza economica che riguarda però i rapporti tra imprese in generale inquadrandosi nel più ampio discorso sulla libertà di concorrenza ..”.

⁶⁴ G. Tesauro, *op. cit.*, p. 691 ss.; E. Cannizzaro e E. Bozza, *Le politiche di concorrenza*, in *Diritto dell’unione Europea, Parte speciale* (a cura di G. Strozzi), Torino, 2006, p. 311 ss.

riguardi non solo il consumatore in senso stretto ma anche, a certe condizioni, il professionista, parte debole del rapporto contrattuale.

Altro punto importante attiene al co. 3 dell'art. 9 e cioè alla sanzione della nullità. Ma di che nullità si tratta? È relativa o assoluta?

Laddove il legislatore non ha diversamente stabilito si ritiene che ricorra una ipotesi di nullità relativa che può essere fatta valere solo dal sub-fornitore.

Questa previsione è emblematica del discorso di cui sopra. Infatti, la protezione che il legislatore interno o comunitario riserva al consumatore-utente per la posizione di svantaggio rispetto all'imprenditore, tende ad essere estesa anche alla piccola e media impresa che ugualmente si trova in una posizione svantaggiata rispetto a quella della grande impresa. L'applicazione generalizzata di questa legge a tutti i rapporti continuativi tra imprese consente di sanzionare anche quei contegni non espressamente vietati ma che risultano contrari a regole di buona fede.

5. Segue. *Il rapporto di franchising*

Un altro caso in cui il legislatore italiano si è ispirato alle nuove tendenze riguarda la legge 129/2004 che introduce norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale (ovvero sul *franchising*). Con essa si è proposto di rimediare all'abuso del potere contrattuale del *franchisor* sul

franchisee e all'asimmetria delle due posizioni. Anche questa legge si muove, infatti, nella logica della tutela del soggetto debole, la cui vita dipende dalla persistenza del rapporto con l'affiliante, e prevede delle cause di invalidità che si riferiscono, però, alla sola fase precontrattuale, nella quale si fa obbligo all'affiliante di tenere un comportamento di buona fede nei confronti dell'aspirante affiliato⁶⁵. Per il resto, anche per il rapporto di *franchising* ricorre il divieto di abuso di dipendenza economica al quale, come si è accennato, si riconosce il compito di garantire la buona fede e la correttezza nell'esecuzione di qualsiasi contratto tra imprese potendo comprendere anche contegni non espressamente stigmatizzati dal regolamento contrattuale o da precise norme⁶⁶

6. Conseguenze sulla teoria interna del contratto

Concentrando l'indagine al campo delle transazioni commerciali considereremo gli aspetti più significativi della legislazione comunitaria per le conseguenze prodotte sulla teoria generale del contratto nell'ordinamento italiano. A tale scopo, oltre ai contenuti delle normative

⁶⁵ F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 446 ss. C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, Il contratto, Milano, 2000, p. 510.

⁶⁶ G. Adamo, *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, "abuso del diritto" e tutela del contraente debole*,
www.diritto.it/materiali/commerciale/adamo1.pdf

introdotte va ricordato anche il peso che le stesse hanno nell'ambito della disciplina ordinaria dei contratti dal momento che si connotano per il carattere cogente rispetto all'autonomia negoziale che tendenzialmente è molto ampia al punto che può spingersi fino a consentire alle parti di scegliere la legge regolatrice del contratto⁶⁷.

Le norme poste dal legislatore comunitario in questa materia hanno, infatti, un carattere imperativo, sono inderogabili e comportano una notevole riduzione dello spazio lasciato all'autonomia privata⁶⁸. Esse riconoscono, poi, al giudice la possibilità di ripristinare l'equilibrio in un rapporto contrattuale sbilanciato in una serie di ipotesi decisamente più numerosa di quelle conosciute nell'ordinamento italiano tradizionale.

L'esistenza di norme inderogabili, cogenti, imperative, di ordine pubblico, di applicazione necessaria, ecc. si riscontra, invero, in tutti i sistemi legislativi, anche in quelli più aperti. Nel caso del diritto comunitario,

⁶⁷ Così dispone la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge regolatrice obbligazioni contrattuali ed è ribadito dall'art. 3 del reg. 593/2008.

⁶⁸ Esse escludono anche che le parti possano sottrarsi al loro impero con l'espedito di scegliere la legge regolatrice del rapporto. S. Patti, *Diversità armonizzazione, unificazione e codificazione: le tappe di un difficile percorso*, in *Diritto Privato Europeo, Fonti ed effetti. Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004, p. 63; S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, cit. p. 379 che collega questa caratteristica al fallimento del mercato. Per quanto concerne l'incidenza di queste norme sul problema della scelta della legge regolatrice del contratto e sulla convenzione di Roma del 1980, citata nella nota precedente, v. M.M. Salvadori, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di Sacerdoti e Frigo, Milano, 1994, p. 121 ss.

però, gli interventi hanno una portata molto più incisiva. Basti pensare, per esempio, che nel sistema codicistico italiano la possibilità per il giudice di sindacare le clausole su cui si fosse perfezionato il consenso era ammessa solo eccezionalmente e per ragioni legate alla liceità del contratto o a squilibri tra le prestazioni dovuti a vizi del consenso o a fattori esterni non prevedibili, come nel caso dell'inadempimento per impossibilità sopravvenuta (artt. 1218 cc), dell'eccessiva onerosità (art. 1467 cc) e della rescissione (artt. 1447 e 1448 cc). Le possibilità previste, invece, dal diritto comunitario sono più numerose e conferiscono al giudice maggiori possibilità di intervento; in questo modo contribuiscono a caratterizzare il sistema comunitario in senso fortemente solidaristico⁶⁹.

Per quel che riguarda le ricadute nel sistema italiano ci interessa verificare se l'effetto del diritto comunitario sul contratto e sull'autonomia contrattuale si sia risolta in un semplice arricchimento della normativa interna o, se si vuole, in un suo aggiornamento oppure se abbia comportato conseguenze più profonde da imporre una revisione della teoria generale del contratto elaborata all'interno del codice civile.

⁶⁹ Da notare che l'eccezione o il limite dell'ordine pubblico, che normalmente ricorre in tema di liberalizzazioni e di armonizzazione dei più tradizionali settori comunitari quali quello della libera circolazione delle merci e dei servizi, oltre che in tema di funzionamento del principio del mutuo riconoscimento, si risolve, invece, in un vantaggio per gli ordinamenti interni e in un limite all'azione del diritto comunitario.

7. L'apertura del diritto comunitario verso istanze sociali

Va ricordato che da tempo il diritto comunitario non si occupa più soltanto di profili meramente economici e che ha ampliato il suo ambito di operatività mostrando una maggiore attenzione alla persona e a questioni di carattere sociale⁷⁰. Questo cambiamento di rotta lo si nota in maniera evidente nelle modifiche apportate al trattato originario con il trattato di Maastricht del 1992 e con quello di Amsterdam del 1997. Sotto questo profilo non va trascurata la carta di Nizza del dicembre 2000 che, benché non sia ancora uno strumento giuridicamente vincolante, esprime il nucleo essenziale di valori e di principi, peraltro già largamente presenti nell'ordinamento comunitario e come tali affermati e garantiti dalla Corte di giustizia, intorno ai quali va a consolidarsi e a caratterizzarsi la costruzione europea. Questa Carta è stata ripresa e solennemente (ri)proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e il trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 la richiama espressamente⁷¹. Il nuovo art. 6, n. 1 TUE prevede, infatti, che "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7

⁷⁰ L. Ferrari Bravo, *op. cit.*, p. 93 ss.

⁷¹ E. Pagano, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Dir. pub. comparato europeo*, I, 2008, p. 94 ss.

dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

Nel campo dei contratti le ricadute di tutto questo si registrano, in particolare sul principio della *neutralità del contratto* rispetto allo status dei contraenti e sulla presunta *simmetria o uguaglianza formale dei contraenti* che ha portato a prevedere particolari garanzie (nelle varie fasi che accompagnano la formazione del contratto) con l'introduzione di nuove *ipotesi di invalidità*, a stabilire modifiche delle *norme sulla forma, sul recesso, sul principio dell'intangibilità del contenuto contrattuale* da parte del giudice, *sull'interpretazione del contratto, sul principio di buona fede*.

Vi sono state, poi, anche delle ricadute per quanto riguarda l'ampliamento delle aree di operatività dello schema contrattuale.

8. *La neutralità del contratto rispetto allo status dei contraenti*

Il principio della neutralità del contratto rispetto allo status dei contraenti risulta oggi ampiamente superato grazie al diritto comunitario che, fondamentalmente nei contratti coi consumatori, ha dato rilevanza allo status economico e giuridico dei contraenti.

Una volta il consumatore era considerato un mero soggetto di mercato; oggi, invece, è una persona depositaria di valori fondamentali. Il diritto comunitario si è prefissato, così, il compito di riequilibrare le sorti del

contratto che si presentano eccessivamente sperequate quando da una parte c'è un professionista e dall'altro un consumatore-utente che hanno una forza economica diversa che si materializza in uno squilibrio del regolamento di interessi.

9. Le fasi attraverso le quali si sviluppa la tutela comunitaria del consumatore: la fase preliminare

Occupandosi di contratti tra professionisti e consumatori il diritto comunitario ha previsto un impatto *per fasi*. Nella fase preliminare, nella quale il soggetto non ha ancora deciso se stipulare il contratto, sono previsti precisi obblighi di informazione a carico del professionista affinché il destinatario della proposta disponga di tutti gli elementi per esprimere un consenso meditato e convinto. Il diritto comunitario esige che le informazioni rese al soggetto non siano subdole, incomplete o inesatte⁷². In questo modo il diritto comunitario si inserisce nella tendenza

⁷² Sugli obblighi di informazione v. per tutti A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari, (a cura di) *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, p. 489 ss.; G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 144 ss, il quale evidenzia tra l'altro (p. 149), come questi obblighi non rilevino solo nella fase precontrattuale ma anche nel momento della conclusione del contratto (quando non deve colmare asimmetrie ma si pone al servizio della trasparenza in ordine a clausole e condizioni del contratto medesimo) ed anche dopo la sua conclusione (conferma scritta e ulteriori informazioni di cui all'art. 4 del d.legs.vo 185/1999 e all'art. 8

in atto già da tempo che evidenzia la necessità di dare uno spazio sempre più ampio al dovere di fornire informazioni⁷³.

Un riferimento a questo obbligo lo troviamo presente già nell'art. 3 della dir. 87/102 relativa al *credito al consumo* in base al quale chi si propone di concedere un credito o di farsi intermediario per la conclusione di un contratto di credito è tenuto ad indicare il tasso annuo effettivo globale del credito. Il successivo art. 4 richiedeva, poi, una ulteriore serie di indicazioni⁷⁴.

d.lgs.vo 111/1995) essendo, in quest'ultimo caso, funzionale alla realizzazione del piano esecutivo del contratto oppure alla gestione del rapporto in fase critica. V. ancora P. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in Riv. dir. civ., 2007, I, p. 656 ss.; V. Scalisi, *art. cit.*, p. 851 per il quale l'informazione ormai dilaga ed è un bene grazie all'Europa. Egli aggiunge che l'informazione costituisce il vero "principio assiale del nuovo ordine sociale".

⁷³ Sull'evoluzione che ha portato a configurare dei doveri di informazione nell'ambito delle trattative, v. P. Gallo, *o.u.c.*, p. 644 ss.

⁷⁴ Essi concernono la consegna al consumatore di un esemplare del contratto scritto che contenga gli elementi essenziali del contratto con: l'indicazione del tasso annuo effettivo globale, espresso in percentuale; l'indicazione delle condizioni secondo cui il tasso annuo effettivo globale può essere modificato. L'art. 4 prevede, inoltre, che qualora non sia possibile indicare il tasso annuo effettivo globale espresso in percentuale, siano fornite al consumatore adeguate informazioni nel documento scritto. Queste previsioni sono state confermate e ulteriormente precisate dalla dir. 2008/48 che ha abrogato la dir. 87/102. Al riguardo v. G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa", delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori*, in Riv.dir.civ. 2008, II, p. 255 ss.

In seguito, questo obbligo di informazioni assumerà contorni sempre più precisi e contenuti sempre più dettagliati.

Così nella dir. 90/314 sui pacchetti turistici tutto compreso, il cui art. 4 si dilunga su una lunga serie di informazioni che il proponente il viaggio è tenuto a fornire, tra l'altro, sulle normative relative ai passaporti, ai visti e alle visite sanitarie necessarie per effettuare il viaggio ed il soggiorno; sulle modalità del viaggio, sui nominativi e sui numeri telefonici di strutture che sul posto possono essere contattate in caso di bisogno; sugli orari dei vari spostamenti; sulle modalità varie su normative applicabili a minori; sui prezzi dei vari servizi; sulle notizie sul tasso di cambio, ecc. il tutto in un documento scritto rilasciato al consumatore.

La dir. 92/96 (d.lgs. 17 marzo 1995 n. 174) relativa ai contratti di assicurazione del ramo vita impone all'assicuratore di predisporre e trasmettere al consumatore una nota informativa, allegata alla polizza, contenente una serie di informazioni aggiornate relative alla compagnia di assicurazione (denominazione sociale, forma giuridica, sede principale ed eventuali sedi secondarie) ed al rapporto assicurativo (definizione di ogni garanzia o opzioni, modi di versamento dei premi, facoltà di scioglimento, esercizio del diritto di rinuncia e riscatto, modalità di calcolo ed assegnazione degli utili, regime fiscale). Lo stesso fa la dir. 94/47 (d.lgs. n. 427/1998, artt. 69-81 del codice del consumo) che si riferisce ai contratti relativi all'acquisto di diritti di godimento a tempo parziale di beni

immobili. Il venditore è tenuto a fornire informazioni sull'immobile e sulle condizioni di acquisto del diritto di godimento a chiunque ne faccia richiesta mediante la consegna di un documento che deve indicare almeno quali siano le caratteristiche del bene offerto in vendita, le generalità dell'offerente, il prezzo di acquisto, i principi regolanti lo scioglimento del contratto.

10. Segue. *I contratti conclusi a distanza*

L'obbligo da parte del fornitore di mettere a disposizione del consumatore un ampio ventaglio di informazioni precontrattuali è contemplato, poi, dalla dir. quadro 97/7 relativa ai contratti a distanza, ripresa dalla dir. 2002/65 per quanto concerne i servizi finanziari (GUUE L 271) (v. codice del consumo sez. IV bis). La dir. 97/7 si riferisce a tutte le forme di contrattazione che si realizzano attraverso mezzi di comunicazione che prescindono dalla presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore; essa si riferisce, in pratica, alle tecniche moderne di contrattazione a distanza⁷⁵ relativamente alle quali sussiste un concreto pericolo di asimmetrie informative e di insufficiente comprensione del

⁷⁵ F. Regoli, *La direttiva n. 97/7/CE riguardane la protezione del consumatore nei "contratti a distanza"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 76; F. Toriello, *I contratti di vendita stipulati dai consumatori*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, cit., p. 820 ss.

significato dell'operazione negoziale in capo al contraente non professionale.

Per ovviare a ciò sono previsti obblighi di informazione minuziosamente elencati che riguardano l'identità del fornitore, il suo indirizzo, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio offerto, il suo prezzo (incluse le spese di spedizione e le tasse), le modalità di pagamento, di consegna o di esecuzione del contratto, l'esistenza del diritto di recesso, il costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, la durata della validità dell'offerta, la durata minima del contratto nel caso di contratti di fornitura di beni o di prestazione di servizi ad esecuzione continuata.

E' previsto, inoltre, l'obbligo a carico del fornitore del bene o del servizio offerto di confermare al consumatore, per iscritto (o su altro supporto duraturo), alcune notizie riguardanti vari profili dell'operazione economica, già precedentemente trasmesse mediante la tecnica di comunicazione prescelta. Tale obbligo deve essere adempiuto prima della esecuzione del contratto (art. 5 della dir. 97/7). Le informazioni di cui è obbligatoria la conferma per iscritto riguardano l'identità del fornitore ed il suo indirizzo, le caratteristiche essenziali del bene o servizio dedotto in contratto, il suo prezzo, eventuali spese di consegna, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, esistenza e condizioni per l'esercizio del diritto di recesso attribuito al consumatore.

Il pericolo avvertito dal legislatore comunitario è che le trattative compiute con mezzi di comunicazione a distanza, specie se sono utilizzate talune tecnologie elettroniche, favoriscono una informazione effimera per il consumatore proprio perché non sono ricevute su un supporto durevole. In quest'ottica si spiega la doppia imposizione dell'obbligo di informazione prima della conclusione del contratto, d'attuarsi, nel rispetto dei principi di chiarezza e lealtà, attraverso il mezzo di comunicazione a distanza di volta in volta impiegato, e dell'obbligo di conferma per iscritto di alcune di queste informazioni, così da fugare ogni dubbio sulla reale comprensione del significato dei tratti essenziali dell'operazione negoziale perfezionatasi.

Secondo la direttiva, le informazioni devono essere offerte nel rispetto dei "principi di lealtà in materia di transazioni commerciali", quindi a quei principi che provengono dal mondo degli affari e che sono rispettati dagli operatori commerciali professionisti tra loro.

11. Segue. *L'e-commerce*

Per quanto riguarda il commercio elettronico, ovvero le stipulazioni che si avvalgono o che si realizzano con mezzi telematici⁷⁶, la direttiva 2000/31 (d.lgs. n. 70/2003) contempla il generale obbligo per il prestatore di un

⁷⁶ Al riguardo v. R. Tarocco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in Nuova giur.civile comm., 2003, II, p. 202 s.

servizio della società dell'informazione, sin dal primo invio on-line di una comunicazione commerciale, di informare il destinatario: a) della natura della comunicazione; b) della provenienza soggettiva di quest'ultima; c) se si tratta di offerta promozionale, come sconti, premi o omaggi e le relative condizioni di accesso; d) che trattasi di concorsi o giochi promozionali, se consentiti, e le relative condizioni di partecipazione (art. 8).

Ove la comunicazione commerciale trasmessa per posta elettronica non sia sollecitata, deve in modo chiaro ed inequivocabile essere identificabile come tale fin dal momento in cui il destinatario la riceve e contenere l'indicazione che quest'ultimo può opporsi al ricevimento in futuro di analoghe comunicazioni (art. 9). E' da notare che questa direttiva non si inquadra tra quelle che riguardano esclusivamente i consumatori; essa si riferisce, infatti, in generale a tutti i destinatari delle società dell'informazione nel mercato interno e, quindi, anche i professionisti. La stessa, però, stabilisce regole specifiche nel caso in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione sia un consumatore. Così, proprio con riguardo alle informazioni da fornire e di cui all'art. 10 e per quanto concerne l'inoltro dell'ordine⁷⁷.

⁷⁷ A questo proposito l'art. 11 prescrive obblighi specifici quando il destinatario sia un consumatore, come quello del prestatore di accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica o quella di mettere a disposizione del destinatario del servizio strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili tali da permettergli di individuare e correggere errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine.

Nel rispetto del principio di trasparenza, cui si richiamano specifici considerando della direttiva (segnatamente, i considerando nn. 29 e 30), gli articoli 12 e 13 del d.lgs n. 70 del 2003 fanno obbligo al prestatore di fornire al destinatario del servizio prima dell'inoltro dell'ordine una serie di informazioni inerenti la conclusione e l'esecuzione del contratto nonché di inviare con il mezzo telematico, senza ingiustificato ritardo rispetto alla ricezione dell'ordine, apposita ricevuta contenente un'altra serie di notizie relative l'oggetto della stipulazione e le condizioni pattuite. Più in particolare, salva la deroga pattuita da contraenti diversi da consumatori, l'art. 12, co. 1, impone la trasmissioni di informazioni inerenti: a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) di eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi in via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre l'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

L'ultimo capoverso del medesimo articolo contempla lo specifico obbligo per il prestatore di mettere a disposizione del destinatario le clausole e le condizioni generali di contratto predisposte, così da permetterne la memorizzazione e la riproduzione su supporto durevole. L'art. 13, co. 2 con identica salvezza degli eventuali accordi derogatori pattuiti tra

contraenti professionali, precisa il contenuto della ricevuta telematica dell'ordine del destinatario cui il prestatore è tenuto, identificandolo con il riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, con le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, con l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili. Entrambe le disposizioni che precedono non trovano comunque applicazione ai contratti conclusi esclusivamente in virtù di scambio di messaggi di posta elettronica o altre comunicazioni individuali equivalenti.

12. Segue. *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*

Per quanto concerne i contratti negoziati fuori dei locali commerciali la dir. 85/577 impone al proponente-offerente l'obbligo di informare per iscritto l'acquirente, prima della loro conclusione, del diritto di recesso che egli può esercitare nonché del nome e dell'indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato tale diritto (art. 4). Essa prescrive, inoltre, che l'informazione deve recare una data e menzionare gli elementi che permettono d'individuare il contratto e che essa deve essere consegnata al consumatore in momenti diversi a seconda che la vendita sia avvenuta durante un'escursione organizzata dal commerciante al di fuori dei propri

locali commerciali, o durante una visita del commerciante al domicilio del consumatore o a quello di un altro consumatore o sul posto di lavoro del consumatore, qualora la visita non abbia luogo su espressa richiesta del consumatore.

Tra i doveri di informazione sono riconducibili in questa fase anche gli obblighi e i divieti previsti in tema di pubblicità ingannevole che impongono al professionista il rispetto di regole di correttezza e di buona fede nei confronti dei consumatori (di cui alla dir. 97/55 che ha abrogato la dir. 84/450) e nei confronti dei concorrenti (dir. 2006/114) che si inseriscono nel più ampio contesto delle regole sul divieto di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (su cui v. dir. 2005/29).

Quest'ultima, dopo aver distinto tra le pubblicità sleali, quelle ingannevoli e quelle aggressive⁷⁸, considera espressamente tra le prime l'omissione di "informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale"(art. 7) .

Quanto sin qui detto può essere ricompreso nell'ambito del principio di buona fede che rileva in funzione integrativa sia a proposito delle clausole vessatorie che nelle ipotesi di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica⁷⁹. Con riferimento alle clausole abusive nei contratti con i consumatori si è parlato di "un principio cardine" che guida

⁷⁸ In materia di pubblicità ingannevole v. dir. 84/450 e successive integrazioni.

⁷⁹ Al riguardo, F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in Riv.dir.civ., 2001, I, p. 544 ss.; V. Scalisi, *art. cit.*, p. 854 e l'ampia bibliografia citata.

e delimita il giudizio sull'equità delle clausole contrattuali conferendo al giudice il compito di verificare se, in concreto, determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a danno del consumatore⁸⁰. A conferma dell'importanza di questo principio si pensi che, nella prospettiva della redazione di un codice europeo, esso è stato considerato come lo "spirito dei principi del diritto contrattuale europeo"⁸¹ e che uguale importanza è attribuito ad esso dai Principi dell'Unidroit dove è elencata tra i principi generali aventi carattere imperativo (art. 1.7)⁸².

13. *La seconda fase*

La seconda fase si riferisce alla stipula del contratto. A questo riguardo il diritto comunitario impone al professionista l'obbligo di formulare in modo chiaro e comprensibile le clausole contrattuali affinché il contratto non venga stipulato a scatola chiusa (obbligo di trasparenza), stabilisce

⁸⁰ F.D. Busnelli, *o.u.c.*, p. 545 che ricorda anche Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in Foro it., 1995, I, c. 1301 secondo la quale la buona fede è un "principio cardine" dell'ordinamento.

⁸¹ O. Lando, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo*, in Il Codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000, racc. da G. Alpa e E. N. Buccico, Milano, 2001, p. 41.

⁸² Per una applicazione v. Corte arbitrale della Camera di Commercio di Losanna, 25 gennaio 2002, *Rassegna giurisprudenziale sui Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in Diritto del comm. int.le, 2004, p. 170 ss.

regole sulla forma e, per quanto riguarda i contenuti, vieta di inserire nel contratto clausole vessatorie che creano un intollerabile squilibrio fra diritti ed obblighi a carico del consumatore e ciò al fine di garantire equità e giustizia al rapporto contrattuale⁸³.

13 a. *La forma contrattuale*

Cominciando dalla disciplina della forma, va detto che si tratta di un aspetto al quale il diritto comunitario ha dedicato molta attenzione e sulla cui disciplina ha inciso in maniera notevole al punto che si parla di neo-formalismo. Per vero, già prima che direttive comunitarie imprimevano alla revisione delle tradizionali impostazioni una forte accelerazione dettata dall'esigenza di difesa della parte contraente più debole, autorevole dottrina aveva messo in discussione e sottoposto a revisione il principio tradizionale della libertà delle forme di origine giusnaturalistica

⁸³ Sulle clausole vessatorie la bibliografia è ricchissima. Mi limito, pertanto, solo ad alcune citazioni. A. Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in Riv. critica dir. priv., 1992, p. 467, 480; L. Patroni Griffi, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13/Cee)* in Rassegna di diritto civile, 1995, p. 347 e ss.; E. Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto con il consumatore*, Padova, 1996; M. C. Bianca, *op. cit.*, p. 373 ss.; G. Alpa e S. Patti, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in Commentario al Codice civile di P. Schlesinger, Milano, 2003; M. Nuzzo, *Commento agli artt. 33-38*, in Codice del Consumo, Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 249 ss.; R. Tartaglia, *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore. Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie tra novità normative e prassi applicativa*, Milano, 2008.

che attribuiva natura eccezionale all'art. 1325, n. 4 c.c.⁸⁴. Non v'è dubbio che il diritto comunitario ha dato un contributo determinante sul punto anche se ha trovato un terreno già pronto e disposto a recepirne i contenuti.

Si tratta dell'effetto forse più evidente di una normazione che, al fine di garantire trasparenza e corretta informazione nei rapporti tra impresa e contraenti non professionali, ha modificato tecniche ormai radicate di contrattazione; in questa prospettiva la forma è stata lo strumento per irrigidire e cristallizzare la volontà delle parti, per eliminare o ridurre il pericolo di equivoci e lacune nonché per impedire al contraente economicamente più forte di ritrattare un consenso già espresso⁸⁵. In tema di forma dei contratti, il *leit motiv* delle direttive comunitarie muove dalla necessità di rafforzare la posizione del consumatore e di favorire la sua capacità di comprensione del significato dell'operazione negoziale e degli effetti da essa scaturenti con l'imposizione di forme legali inderogabili da parte dell'autonomia privata. Per questo motivo ad essa è stata riconosciuta una funzione di garanzia a favore di chi conclude transazioni

⁸⁴ M. Giorgianni, *Forma degli atti* (dir. priv.), in ED, Milano, 1968, p. 994; S.T. Masucci, *La forma del contratto*, in *Diritto privato europeo*, p. 591 ss. Sulla portata dell'art. 1325 c.c. ed, in particolare, sulla possibilità di una sua interpretazione estensiva in relazione al principio enunciato dall'art. 14 disp. prel. c.c., V. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 19 ss. e, su posizioni antitetiche, B. Grasso, *La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 52.

⁸⁵ G. Chinè, *Il diritto comunitario*, cit. p. 796 ss.

in tempi sempre più ridotti e secondo procedure standardizzate, spesso mediante l'uso di moduli e formulari predisposti da terzi e non modificabili dall'aderente. Il requisito formale favorisce, da una parte, la riflessione dell'aderente sulle condizioni che si appresta ad accettare e, dall'altra, conferisce certezza alla contrattazione nella misura in cui facilita l'attivazione dei mezzi giudiziali di tutela⁸⁶. Il primo obiettivo viene rafforzato mediante l'imposizione di obblighi di informazione a carico del contraente professionale che, come abbiamo visto, caratterizzano la fase delle trattative. Questi obblighi comportano il dovere di consegnare al consumatore mediante l'utilizzo di un supporto cartaceo e, quindi, duraturo, una serie di dati analiticamente elencati. Tali prescrizioni, pur fuoriuscendo dal concetto tradizionale di forma contrattuale, rientrano a pieno titolo tra le "formalità" imposte per l'attività contrattuale di cui siano parti gli attori invitati a muoversi sul palcoscenico comunitario e rappresentano segni tangibili di un nuovo formalismo⁸⁷. La diffusione

⁸⁶ L'utilizzazione della forma legale come garanzia e tutela delle parti in relazione all'oggetto del contratto, v. già P. Perlingieri, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 322 ss.

⁸⁷ G. Chinè, *o.u.c.*, p. 797. Sul legame tra neoformalismo e mercato concorrenziale A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 531 s. il quale evidenzia che la soluzione data al problema dell'informazione sia funzionale al ripristino e/o edificazione della trasparenza del mercato resa necessaria dalla inevitabile distorsione della concorrenza e dalla frantumazione del mercato legate tanto alla carenza di un uniforme sistema informativo a basso costo sulle diverse opportunità negoziali quanto alla presenza di informazioni "interessate" fornite dai singoli operatori ai consumatori.

delle informazioni, mirante ad assicurare la certezza, la trasparenza e la maggiore pubblicizzazione possibile produce effetti benefici sul piano concorrenziale sia per l'impresa offerente sia per il consumatore finale.

La rilevanza attribuita alla forma, che come è stato evidenziato aveva un ruolo fondamentale nell'esperienza romana dell'epoca arcaica⁸⁸, non annulla la volontà ma la sostiene nel senso che, se è necessaria perché l'atto produca i suoi effetti, non è sufficiente laddove manca un consenso certo e non viziato. Nell'ottica europea forma e contenuto (minimo) vengono accomunate in un unico disegno di tutela e sono utilizzate in vista di quella unificazione legislativa indispensabile per la creazione del mercato unico. La forma assolve a funzione di certezza, trasparenza e pubblicità delle condizioni contrattuali, assicura equità e giustizia nelle transazioni, rimuove l'opacità del mercato.

13 b. *I contratti per i quali ricorrono le regole sulla forma scritta*

I contratti per i quali si è evidenziato questo nuovo approccio sono:

a) I contratti di credito di consumo, per la cui stipula è imposta, appunto, la forma scritta. In tal senso disponeva la dir. 87/102 (art. 4) abrogata e sostituita dalla dir. 2008/48 la quale, a sua volta, prescrive (art. 10, n. 1) che

⁸⁸ S. T. Masucci, *op. cit.*, p. 591.

i contratti di credito siano redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole.

L'art. 117 c.c. 1° e 3° co. d.lgs. n. 385/1993, richiamato dall'art. 124, co. 1 d.lgs. cit., aggiunge, quale ulteriore formalità necessaria per la regolarità della stipulazione, l'obbligo per il contraente professionale di consegnare copia del contratto al consumatore. Dal combinato disposto degli artt. 117 e 127, co. 2, d.lgs. cit. si evince che la prescrizione relativa alla forma scritta è imposta a pena di nullità, ma la legittimazione a farla valere spetta esclusivamente al consumatore.

b) Per i contratti relativi all'acquisto di diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili, allo scopo di garantire un adeguato livello di tutela all'acquirente del diritto di godimento a tempo parziale, la dir. 94/47, *time share*, aveva prescritto che il contratto venisse "obbligatoriamente" stipulato per iscritto, nella lingua o in una delle lingue dello Stato membro di residenza dell'acquirente medesimo, ovvero a sua scelta, dello Stato membro di cui è cittadino (art. 4). Con riferimento alla fase precedente alla stipula, la stessa direttiva, come già ricordato, faceva obbligo al venditore di fornire informazioni sull'immobile e sulle condizioni di acquisto del diritto di godimento a chiunque ne facesse richiesta mediante la consegna di un documento che avrebbe dovuto almeno indicare quali siano le caratteristiche del bene offerto in vendita, le generalità dell'offerente, il prezzo di acquisto, i principi regolanti lo scioglimento del contratto (art. 3, co. 1).

Secondo la direttiva, ove si addivenga alla stipula, le informazioni contenute nel documento devono necessariamente andare a confluire nel contratto, vincolando la parte che aveva l'onere della divulgazione, mentre eventuali modifiche devono essere prontamente comunicate all'acquirente ed inserite nel testo contrattuale (art. 3, co. 2). Le indicazioni contenute nella direttiva sono state fedelmente tradotte in norme cogenti interne in sede di recepimento, cosicché la forma scritta è ormai imposta *ad substantiam* (art. 3, co. 1 d.lgs. n. 427/1998, art. 71 codice del consumo)⁸⁹, il venditore è tenuto a fornire per iscritto le informazioni richiestegli da eventuali interessati all'acquisto del diritto di godimento a tempo parziale, consegnando a questi ultimi un documento informativo contenente finanche gli estremi della concessione edilizia nonché ulteriori dettagliate notizie relative alla destinazione urbanistica dell'immobile (art. 2, co. 1 e 2 d.lgs. cit., art. 70, nn. 1 e 2 codice del consumo), le notizie contenute nel documento sono immodificabili unilateralmente dal venditore, salvo che la modifica dipenda da circostanze indipendenti dalla sua volontà e fermo, comunque, restando l'obbligo di comunicazione alla parte interessata prima della conclusione del contratto (art. 2, co. 3 d.lgs. cit.; art.

⁸⁹ Al riguardo è stato fatto notare che la disposizione sulla nullità sia destinata a svolgere un ruolo autonomo solo nei casi, peraltro minoritari nella pratica, in cui il contratto non trasferisca un diritto reale immobiliare né un diritto di godimento su un immobile di durata ultranovennale, essendo per queste ipotesi già prevista la forma scritta *ad substantiam* (*comm. art. 71, Codice del consumo*, cit., p. 436).

70, n. 3 codice del consumo); nella pubblicità commerciale relativa all'immobile il venditore deve obbligatoriamente fare riferimento alla possibilità di ottenere il documento informativo, indicando il luogo di consegna dello stesso (art. 4, co. 2 d.lgs. cit.; art. 72 n. 2 codice del consumo); il contenuto del documento informativo costituisce parte integrante del contratto (art. 3, co. 2, d.lgs. cit.; art. 71 n. 2 codice del consumo), il quale è sempre redatto, in lingua italiana e tradotto nella lingua o in una delle lingue dello Stato comunitario di residenza dell'acquirente oppure, a scelta di quest'ultimo, nella lingua o in una delle lingue dello stato comunitario di cui è cittadino (art. 3, co. 1, d.lgs. cit., art. 70, n. 4 codice del consumo); il venditore è inoltre tenuto a fornire all'acquirente una copia del contratto tradotto nella lingua dello Stato dell'Unione in cui è situato l'immobile (art. 3, ultimo comma d.lgs. cit., art. 71 n. 3 codice del consumo); la violazione dei principali obblighi di informazione del venditore è sanzionata a titolo di illecito amministrativo, fermo restando la configurabilità, ove ne sussistano i presupposti, di fattispecie delittuose (art. 640 c.p.) (art. 12, co. 1 d.lgs. cit., art. 81 n. 1 codice del consumo).

c) La forma scritta è imposta anche per i contratti di vendita di pacchetti turistici tutto compreso. La dir. 90/314. art. 4, n. 2 lett. b) dispone che gli Stati vigilino affinché tutte le clausole contrattuali siano enunciate per iscritto o in ogni altra forma comprensibile ed accessibile per il consumatore e che le stesse gli siano comunicate prima della conclusione

del contratto. Da parte sua l'art. 6, co. 1 del d.lgs. n. 111/ 1995 (art. 85, n. 1 del codice del consumo), specifica che tali contratti devono essere redatti "in termini chiari e precisi" a conferma della menzionata *ratio legis* sottesa alla previsione normativa. Il comma successivo, analogamente a quanto previsto per il credito al consumo, pone a carico dell'organizzatore o venditore del pacchetto l'obbligo di consegnare al consumatore una copia del contratto stipulato, adeguatamente sottoscritto e timbrato. Entrambe le prescrizioni, pur rimanendo prive di sanzione normativa diretta, contribuiscono ugualmente a rafforzare la posizione dell'acquirente del pacchetto nella misura in cui si coniugano con disposizioni normative di diverso tenore. Ferma restando la validità di un contratto concluso in forma orale, in assenza di un documento scritto il contraente professionale incorrerebbe in notevoli difficoltà probatorie per ciò che concerne l'esistenza ed i termini dell'accordo; inoltre, eventuali accordi verbali di modifica di clausole stipulate per iscritto e/o contenute nell'opuscolo informativo posto a disposizione del consumatore non sono opponibili a questo ultimo ai sensi dell'art. 9, co. 2 d.lgs. cit. (art. 88, n. 2 codice del consumo); infine, qualora il venditore o organizzatore, prima della partenza, abbia la necessità di modificare in modo significativo uno o più elementi del contratto deve necessariamente darne comunicazione per iscritto alla controparte affinché questa, ove non intende accettare la proposta di modifica, possa esercitare il diritto di recesso riconosciutole dall'art. 12, co. 1 d.lgs. cit. (art. 91, n. 2 codice del consumo). L'effetto

combinato delle numerose disposizioni normative che prescrivono impegni di tipo formale, tenuto anche conto della prassi corrente di settore che già registrava un uso diffuso della scrittura per questa tipologia di contratti, dovrebbe garantire nei fatti l'osservanza dell'art. 6 del decreto.

d) Un'ipotesi di nullità relativa per carenza di forma scritta è contemplata anche per i contratti relativi al settore dei valori mobiliari dall'art. 18 d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415 (cosiddetto decreto Eurosim), con cui sono state recepite le direttive 93/22 concernete i servizi d'investimento del settore dei valori mobiliari e 93/6 riguardante l'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi. Trattasi di forma prescritta a pena di nullità, che può essere fatta valere soltanto dal cliente secondo lo schema già segnalato delle nullità relative. La legge prevede una possibilità di deroga all'obbligo formale ove sussistano motivate ragioni tecniche ovvero si debba tenere conto della particolare qualità professionali dei contraenti, attribuendo alla Consob, sentita la Banca d'Italia, un potere regolamentare in materia. Considerata l'ampiezza delle previsioni normative, l'autorità di vigilanza risulta legittimata ad imporre anche forme più solenni rispetto alla prescritta scrittura privata alla cui mancata osservanza conseguirà la nullità della pattuizione.

14. *Le clausole vessatorie*

Per quanto riguarda i contenuti, la dir. 93/13, (riprodotti inizialmente negli artt. 1469 bis e ss. c.c. e, oggi, negli artt. 33 e ss. del codice del consumo) vieta l'inserimento nel contratto di clausole abusive o vessatorie, intendendosi come tali quelle clausole che, malgrado il requisito della buona fede (che in francese suona "a dispetto della buona fede" "*à dépit de l'exigence de bonne foi*"), comportano, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi (art. 3)⁹⁰. La direttiva si dilunga, poi, nella elencazione delle clausole che si presumono avere questa caratteristica fino a prova contraria che dovrà essere offerta dal professionista; si tratta della c.d. lista grigia. Essa comprende le clausole che prevedono, ad esempio, limitazioni all'obbligo di adempimento del contratto, quelle che derogano al principio di immodificabilità del contratto o del consenso e le clausole che escludono o limitano le difese del consumatore oppure quelle che, di contro, limitano o escludono la responsabilità del professionista o riconoscono solo a quest'ultimo facoltà di recedere dal contratto. Come si accennava, spetta al professionista dimostrare che, nel caso, difetta lo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. La vessatorietà è ugualmente esclusa quando si

⁹⁰Se l'inesatta traduzione abbia comportato la degradazione da buona fede oggettiva a buona fede soggettiva, si veda F.D. Busnelli, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in Comm. al capo XIV bis, cit., p. 13 s.; L. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 89.

accerta che le clausole sono state oggetto di trattativa individuale tra il professionista e il consumatore.

Altre clausole, invece, rientrano nella c.d. lista nera, nel senso che sono considerate vessatorie senza alcuna possibilità di prova contraria sicché restano tali anche se sono state oggetto di trattativa⁹¹.

Non rientrano nella nozione di clausole abusive o vessatorie le disposizioni contrattuali che riguardano la definizione dell'oggetto principale del contratto e la perequazione tra prezzo e remunerazione dei beni e dei servizi che devono essere serviti⁹². Tali aspetti restano, quindi, espressamente sottratti ad una valutazione di abusività.

Con le previsioni appena accennate, il legislatore comunitario ha inteso, dunque, rimuovere lo squilibrio (significativo) che si può determinare a danno del consumatore per effetto di disposizioni unilateralmente

⁹¹ Hanno questa caratteristica le clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da una omissione del professionista; quelle che escludono o limitano le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; quelle che prevedono l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non hanno avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

⁹² A. Jannarelli, *op. cit.*, p. 533 il quale sottolinea come, alla luce della direttiva, "l'oggetto principale del contratto, riconducibile alle prestazioni fondamentali a carico dei contraenti e, conseguentemente, il loro equilibrio in termini di valori, sono e debbono restare affidati al libero mercato e, dunque, al riparo da possibili interventi correttivi".

predisposte dal professionista così da assicurare il corretto funzionamento del mercato.

Il giudizio circa il predetto squilibrio implica una valutazione equitativa, un criterio di giudizio rapportato a circostanze che non sono inquadrabili entro schemi generali ma che vanno considerate nel caso specifico. In questo modo, l'equità svolge una funzione correttiva del contenuto del contratto e lo riporta su di un piano non sbilanciato. E' da sottolineare che, in caso di dubbio sul senso di una clausola, la direttiva prescrive che essa debba essere interpretata nella maniera più favorevole al consumatore.

(Circa, poi, le conseguenze dell'inosservanza di queste disposizioni si rimanda *infra* par. 20).

15. Segue. *Il caso della penale manifestamente eccessiva*

All'interno di queste problematiche va considerato il caso della penale manifestamente eccessiva. Fino a 10 anni fa, l'unico rimedio era offerto dall'art. 1384 c.c. Non vi era, infatti, altra strada per eliminare lo squilibrio contrattuale se non ricorrere al magistrato per la riduzione ad equità della penale manifestamente eccessiva. Non era nemmeno possibile ricorrere all'art. 1341, co. 2 c.c. per ottenere una tutela ulteriore. Ci si era chiesti se la clausola penale, indipendentemente dalla sua manifesta eccessività, ove fosse stata predisposta da uno dei contraenti e fosse stata dedotta nelle

condizioni generali di contratto potesse rientrare nella famosa elencazione dell'art. 1341, co. 2 c.c. con la conseguenza che se non era approvata specificamente per iscritto dall'aderente era inefficace o nulla sia pure relativamente. Secondo l'opinione più diffusa, la clausola penale, anche se dedotta in condizioni generali di contratto, non avrebbe fatto scattare la tutela seppure formale dell'art. 1341, co. 2. Con la recezione della direttiva comunitaria sulle clausole vessatorie (dir. 93/13) è stato introdotto quel corpo di norme costituenti in un primo momento gli artt. 1469 bis e ss. del c.c. intitolato contratti dei consumatori poi trasposto con qualche adattamento nel codice del consumo (art. 33 ss.). L'art. 33, n. 2, lettera f, codice del consumo ha previsto un'ipotesi di clausola penale dall'ammontare manifestamente eccessivo, qualificandola *"clausola vessatoria fino a prova contraria"* fino a che non si provi che è stata oggetto di una trattativa individuale, perdendo, in questo caso, il carattere vessatorio. L'art. 33, n. 2 (codice del consumo) si esprime: *"Si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto o per effetto di..(lett. f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo"*. Si evidenziano, qui, le analogie e le differenze anche terminologiche con l'art. 1384 c.c. In quest'ultima norma si parla di ammontare, mentre nell'art. 33 si parla di importo.

Mettiamo a raffronto le due disposizioni (art. 1384 c.c., da un lato, e l'art. 33 codice del consumo, dall'altro) per coglierne l'ambito di operatività sotto il profilo soggettivo (dei soggetti cui queste norme si riferiscono) ed oggettivo (con riferimento alla formulazione delle due disposizioni).

Dal punto di vista soggettivo:

l'art. 1384 c.c., essendo inserito nell'ambito dei contratti in generale, si applica a tutti i contratti indipendentemente dalla qualità delle parti. Sia, dunque, con riferimento ai contratti stipulati tra operatori economici che si trovano sullo stesso piano che ai contratti conclusi tra operatori economici e consumatori che si trovano in una posizione di asimmetria contrattuale.

L'art. 33, n. 2 lettera f) del codice del consumo sarà applicato esclusivamente ai contratti stipulati da soggetti che hanno uno *status* particolare ossia quello di consumatore utente o quello di professionista o operatore economico. L'art. 33 presuppone una necessaria asimmetria di poteri contrattuali, squilibrio dato dal fatto che uno è operatore economico e l'altro una persona fisica che agisce al di fuori della sua qualifica professionale.

Dal punto di vista oggettivo:

l'art. 1384 c.c. va riferito alla sola clausola penale, perché inserito nell'ambito della disciplina di questo specifico fenomeno, quindi ha una collocazione precisa e sistematica.

L'art. 33, n. 2, lettera f), proprio per l'ampiezza del suo dettato normativo, verrà applicato non solo quando siamo in presenza di una clausola penale

ma anche di clausole che in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento obbligano il consumatore al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento. L'articolo contenuto nel codice del consumo ha un ambito di operatività più vasto rispetto all'art. 1384 c.c. perché più ampia è l'espressione utilizzata dal legislatore; si parla, infatti, non solo di clausole penali o di titolo equivalente ma anche di pagamento di somma di denaro a titolo di risarcimento.

L'ambito di operatività della norma del codice del consumo va ben oltre la presenza della clausola penale e, proprio con riferimento a questa maggiore ampiezza del dettato della norma del codice del consumo, la dottrina sulla base della considerazione appena svolta ha fatto rientrare nell'art. 33, n. 2, lettera f) anche la caparra confirmatoria. Vi rientrerebbe, sempre grazie al dettato generale dell'art. 33, un'ulteriore figura contemplata nell'art. 1526, co. 2 c.c. ossia quella comunemente chiamata patto di ritenzione di rata, pattuizione con la quale uno dei contraenti, il venditore, acquisisce il diritto per pattuizione espressa di trattenere per sé le rate già riscosse dall'acquirente nel caso della vendita a rate con patto di riservato dominio. La dottrina ritiene che nell'art. 33 vi rientrerebbe anche il *patto di ritenzione di canone*, perché si riferisce proprio alla figura del leasing finanziario traslativo, dove al posto delle rate l'utilizzatore deve alla società concedente il pagamento di un canone (annuali, semestrali, trimestrali, mensili). Anche in quel caso il legislatore prevede la possibilità

della riduzione dell'importo se manifestamente eccessivo, tenuto conto dell'interesse dell'acquirente e dell'alienante.

Infine, sempre nell'ampiezza di dettato dell'art. 33, n. 2, lettera f), viene fatto rientrare l'indennizzo dovuto dal promittente nella promessa del fatto del terzo, nel caso in cui il terzo non ponga in essere il fatto indicato dal promittente. C'è la possibilità di applicare l'art. 1381 c.c. che pone a carico del promittente l'indennizzo nel caso in cui l'altro contraente non riceve quel comportamento del terzo che il promittente aveva promesso. A proposito di indennizzo in materia di promessa del fatto del terzo, dobbiamo ricordare che qui il promittente può essere tenuto non solo all'indennizzo ma anche all'eventuale risarcimento del danno nei confronti dell'altro contraente laddove, per es., ha tenuto un comportamento non conforme alla regola della lealtà e correttezza oppure non ha posto in essere il comportamento necessario affinché il terzo potesse svolgere quell'attività da lui promessa a favore dell'altro contraente. In questo caso il promittente risponderebbe a doppio titolo, con una indennità perché il terzo non ha tenuto il comportamento promesso e a titolo di risarcimento del danno perché il suo comportamento non è stato idoneo a far sì che il terzo ponesse quel comportamento.

Nell'ambito dei contratti dei consumatori, il debitore potrebbe utilizzare uno dei due rimedi. Quando ci troviamo in presenza di un contratto concluso tra consumatore utente ed operatore economico, concorrerebbero

a tutela del soggetto sia il rimedio di diritto comune dell'art. 1384 c.c. che il rimedio contemplato dal codice del consumo ex art. 33.

Se, invece, ci troviamo di fronte ad un contratto non concluso tra consumatori, l'unico rimedio utilizzabile è l'art. 1384 c.c.

Teniamo conto, però, che l'art. 33, n. 2, lettera f) del codice del consumo fa riferimento ad un particolare tipo di clausola penale ossia a quella da cui deriva un'obbligazione pecuniaria. In ciò possiamo ravvisare un ulteriore elemento differenziale tra le due norme.

16. La terza fase: l'esecuzione, il diritto di regresso

La terza fase ricorre quando il contratto è stato concluso; essa riguarda, quindi, l'esecuzione del contratto. Nell'ambito della vendita e delle garanzie dei beni di consumo la dir. 1999/44 obbliga il venditore di consegnare al consumatore i beni conformemente al contratto di vendita (art. 2, n. 1)⁹³. Essa fissa, poi, dei criteri di presunzione di conformità che riguardano la corrispondenza dei beni alla descrizione fatta, idoneità

⁹³ G. Amadio, *La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001, p. 2 ss; R. De Matteis, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, *ibid.*, p. 46 ss. secondo la quale la normativa comunitaria in oggetto impone una revisione della disciplina codicistica delle garanzie che è stata definita come "vecchia, superata, farraginosa" ⁹³. Sul punto v. anche F. Toriello, *I contratti di vendita stipulati dal consumatore*, in *Il diritto privato dell'UE*, cit., p. 840 ss.

all'uso, tenuto conto delle dichiarazioni pubbliche fatte e dalla natura del bene (art. 2, n. 2) .

La direttiva prevede (art. 7) che le clausole contrattuali o gli accordi conclusi con il venditore prima che gli sia stato notificato il difetto di conformità, e che escludono o limitano direttamente o indirettamente i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore. In sede di recezione il nostro legislatore ha confermato che i beni di consumo si presumono conformi al contatto se sono idonei all'uso al quale servono beni dello stesso tipo, se sono conformi alla descrizione fatta dal venditore, se corrispondono alle qualità e alle prestazioni che il consumatore può ragionevolmente attendersi (art. 129 codice del consumo).

L'art. 3 della direttiva elenca i diritti del consumatore nel caso di difformità del bene; essi consistono nella riparazione o sostituzione del bene (a seconda di ciò che appare più ragionevole o proporzionato tenuto conto delle spese occorrenti) oppure in una adeguata riduzione del prezzo fino alla risoluzione del contratto nel caso il consumatore non abbia diritto né alla riparazione né alla sostituzione; oppure se il venditore non ha esperito il rimedio in un tempo ragionevole o se ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore. La risoluzione è esclusa in caso di difetti di conformità di minore entità.

La direttiva prevede, inoltre, il diritto di regresso a favore del venditore nei confronti del suo fornitore quando ricorre la responsabilità di questi per un difetto di conformità risultante da un'azione o da un'omissione del produttore, di un precedente venditore nella stessa catena contrattuale o di qualsiasi altro intermediario (art. 4)⁹⁴. L'ordinamento italiano non solo ha fatto sue queste previsioni (art. 131, n. 1 codice del consumo) ma ha anche previsto che l'azione di regresso possa essere esperita nell'ipotesi in cui il venditore ha subito danni in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive (art. 36, n. 4 codice del consumo).

17. Segue. *Il diritto di recesso*

Il diritto comunitario ha introdotto il diritto di recesso a favore del consumatore⁹⁵ ovvero il diritto di recedere dal contratto (c.d. *ius poenitendi*) che, per quanto concerne le modalità-tempi di esercizio, risulta variamente organizzato a seconda del tipo di contratto.

⁹⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000, p. 378. Nel *comm. all'art. 131* del Codice del consumo, cit., p. 611 s., si mette in risalto come, a differenza dei diritti spettanti al consumatore, quello di regresso possa essere derogato da patto contrario specificatamente approvato per iscritto in quanto, trattandosi di rapporti tra professionisti non v'è spazio, al riguardo, per la tutela garantita dalla disciplina delle clausole abusive ex art. 33 ss del codice del consumo.

⁹⁵ Su diritto di recesso, in generale, G. De Nova, *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 539 ss.

Nell'ipotesi di negoziazione a distanza, se la consegna della merce è già avvenuta, questa può essere restituita al venditore senza bisogno di alcuna motivazione e l'acquirente ha diritto al rimborso di quanto versato o anticipato. Il termine è fissato in sette giorni ma se il consumatore non è stato informato di questo suo diritto, tale termine si dilata a sessanta giorni.

Nel caso di acquisto fuori dei locali commerciali (dir. 85/577) l'acquirente può recedere entro sette giorni da quando ha ricevuto la comunicazione scritta che lo informa del suo diritto di recesso.

Nel caso di acquisto di pacchetti turistici (dir. 90/314) la possibilità di recesso è prevista solo nel caso in cui il consumatore non voglia accettare modifiche significative ad aspetti essenziali del contratto che l'organizzatore fosse costretto ad apportare rispetto all'originaria proposta.

Nell'ipotesi di acquisto di diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili (*time share*) l'art. 5 della dir. 94/47 stabilisce che, in aggiunta a quanto eventualmente previsto dagli ordinamenti interni in materia di inefficacia dei contratti, l'acquirente possa recedere dal contratto stesso, senza indicarne le ragioni, entro dieci giorni civili a decorrere dalla firma del contratto da ambo le parti oppure dalla firma da ambo le parti di un contratto preliminare vincolante. Nel caso di omessa indicazioni delle informazioni previste, la direttiva dilata il termine a tre mesi dalla firma

del contratto preliminare e, nell'ipotesi che in questo lasso di tempo siano fornite le informazioni dovute, il recesso deve essere manifestato entro i 10 giorni successivi⁹⁶.

Nella vendita di beni e servizi⁹⁷ la risoluzione del contratto è prevista dall'art. 3, n. 5 come rimedio ultimo, insieme alla richiesta di una congrua riduzione del prezzo, se il consumatore non ha diritto né alla ripartizione né alla sostituzione o se il venditore non ha esperito il rimedio entro un periodo ragionevole ovvero se non lo ha esperito per nulla arrecando notevoli inconvenienti al consumatore. Nel successivo paragrafo la direttiva si cura di precisare che questa possibilità non si pone nel caso di un difetto di conformità minore. Nella dir. 2008/48 sul credito al consumo che ha abrogato la precedente dir. 87/102, l'art. 14 introduce il diritto di recesso che il consumatore può esercitare entro quattordici giorni di calendario dal giorno di conclusione del contratto o dal giorno in cui ha ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni dovute, senza dover dare alcuna motivazione.

⁹⁶ G. Tassoni, *Trasparenza e jus poenitendi nella direttiva n. 94/47/CEE in tema di acquisti in multiproprietà*, in *Contratti e impresa*, 1995, p. 98.

⁹⁷ Da essi sono esclusi quelli di fornitura di generi alimentari, bevande o altri beni di uso domestico forniti a domicilio da distributori che eseguono giri frequenti e regolari; come pure sono esclusi i contratti di fornitura di servizi di alloggio, trasporto, ristorazione tempo libero se per contratto il fornitore si è impegnato ad eseguire queste prestazioni in una data fissata o in un periodo stabilito.

18. *L'interpretazione del contratto*

Notevole è l'innovazione prodotta dal diritto comunitario sull'impianto codicistico in tema di interpretazione del contratto con il consumatore e, in particolare, delle clausole contrattuali. L'art. 5 della dir. 93/13 sulle clausole abusive dispone che in caso di contratti, in cui tutte o alcune clausole sono proposte al consumatore per iscritto, le stesse devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile e che, in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Tale previsione, introdotta nell'ordinamento italiano (v. ora art. 35 codice del consumo) modifica sensibilmente le regole codicistiche in tema di interpretazione del contratto. Il cardine del sistema fissato dall'art. 1362 c.c. si basa, infatti, sul principio della ricostruzione della comune intenzione delle parti (interpretazione soggettiva) che supera lo stesso significato letterale delle espressioni usate e dà rilevanza al loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. Regole primarie d'interpretazione soggettiva sono quella dell'interpretazione secondo buona fede, dell'interpretazione letterale, dell'interpretazione sistematica e dell'interpretazione funzionale⁹⁸. Un carattere sussidiario hanno, invece, le regole dell'interpretazione oggettiva che trovano applicazione quando il ricorso ai criteri prima ricordati sia

⁹⁸ Così C.M.Bianca, *op. cit.*, p. 420.

rimasto infruttuoso. Anche se queste ultime non portano all'accertamento della comune intenzione delle parti, rappresentano comunque un modo di intendere il loro atto⁹⁹. Tra queste seconde regole va ricordato che quanto disposto dall'art. 1370 c.c., dal titolo *interpretazione contro l'autore della clausola*, secondo il quale le clausole inserite in condizioni generali di contratto o di moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti (contratti di adesione) devono essere interpretate, nel dubbio, a favore dell'altro, ha trovato nella pratica scarse applicazioni essendo piuttosto difficile non riuscire ad isolare una accettabile volontà negoziale¹⁰⁰.

Su questo punto la dottrina è concorde nel riconoscere che il diritto comunitario ha stravolto l'impianto di regole sull'interpretazione del contratto con i consumatori dal momento che esso privilegia, sopra ogni altro canone interpretativo, il criterio dell'*interpretatio contra proferentem* ¹⁰¹.

Rispetto, poi, alla previsione dell'art. 1370 c.c. dettata per i contratti standard predisposti unilateralmente e destinati ad essere utilizzati in una molteplicità di stipulazioni analoghe, la norma comunitaria ha il pregio di applicarsi anche al contratto predisposto dal professionista nei riguardi del consumatore con riferimento ad un singolo affare.

⁹⁹ C.M. Bianca, *o.u.c.*, p. 435.

¹⁰⁰ G. Chiné, *op. cit.*, p. 806.

¹⁰¹ P. Giammaria, *Commento all'art. 1469 quater*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997, p. 679; G. Chiné, *op. cit.*, p. 805 ss.

19. L'intervento del giudice a tutela dell'equità del contratto

Il diritto comunitario ha aperto le porte, in maniera diretta o indiretta, ad interferenze da parte del giudice sul contenuto del contratto finendo con l'incidere sul principio della sua intangibilità. Il giudice, infatti, è chiamato ad intervenire per riequilibrare un rapporto contrattuale sperequato.

L'art. 3.3 della dir. 2000/35 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali autorizza l'ingerenza del giudice nell'accordo delle parti al fine di ricondurlo ad equità. L'art. 7 d.lgs. 231/02 che ha recepito la citata direttiva ha introdotto il "concetto di grave iniquità del patto" e stabilito che il giudice è chiamato ad intervenire per riequilibrare il rapporto sperequato (che intercorre tra professionisti). In base a tale disposizione, infatti, "l'accordo è nullo se, avuto riguardo..., risulti gravemente iniquo in danno del creditore". Il giudice deve accertare la grave iniquità e si può trovare in difficoltà per individuare i parametri.

La riconduzione ad equità può alterare il contenuto contrattuale previsto dalle parti. I casi di interferenza del giudice, ammessi dal regime codicistico, si limitavano alla rettifica del contratto annullabile (art. 1432 c.c.), alla rescissione (art. 1450 c.c.) o alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1468 c.c.) ed erano riconducibili alla volontà espressa o tacita di una delle parti. Alla luce, invece, del diritto comunitario, l'intervento del giudice assume tutt'altro significato; esso è

svincolato dalla volontà del contraente e si inquadra nell'ottica della creazione di un sistema in cui il valore principale da assicurare è l'equità dello scambio e della concorrenza dei mercati¹⁰².

20. *Sanzioni, conseguenze, garanzie*

Quanto alle conseguenze della violazione delle disposizioni relative alla prima fase (obblighi di informazione, buona fede), le direttive prima ricordate rimettono la specificazione e la quantificazione agli Stati precisando che dovrà trattarsi di sanzioni efficaci ed adeguate (v. ad es. l'art. 11 della dir. 97/7 sui contratti a distanza; l'art. 11 della dir. 2002/65 sui servizi finanziari; l'art. 11 della dir. 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali; l'art. 23 della dir. 2008/48 sul credito al consumo parla di sanzioni che devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive).

Sul piano interno, per quanto concerne i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza, l'art. 62 del codice del consumo nel caso di violazione degli obblighi di informazione prevede, salvo che il

¹⁰² G. Chinè, *Il diritto comunitario*, cit., p. 788 s. Contrario a considerare l'equità come clausola generale si era dichiarato F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede*, cit., p. 542 ss.

fatto non costituisca reato, l'irrogazione di una sanzione amministrativa a carico del fornitore che è raddoppiata in casi gravi o di recidiva¹⁰³.

Di fronte ad un contratto concluso, il legislatore italiano non ha sanzionato la violazione delle disposizioni sugli obblighi di informazione con l'invalidità (che, d'altronde, neppure le direttive contemplano!) anche perchè il consumatore è garantito dal diritto di recesso prima considerato.

Si è posto, tuttavia, il problema di considerare la violazione di tali obblighi come causa di invalidità, anche a prescindere da una espressa previsione normativa, prendendo in considerazione "il c.d. *punto di vista esterno* al contratto, ossia la situazione complessiva della quale il singolo contratto è diretta esplicazione o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire"¹⁰⁴.

Per quanto riguarda la violazione del divieto di clausole vessatorie, il legislatore comunitario ha affiancato ad una tutela puramente formale (che il nostro codice già prevede nell'art. 1341, co. 2 sulle clausole onerose o vessatorie), un controllo sostanziale affidato al giudice il quale può sindacare il contenuto delle singole clausole onerose al fine di garantire l'equità e la giustizia del regolamento d'interessi contrattuale.

All'interno del nostro codice civile la tutela del consumatore era limitata all'art. 1341, co. 2 che, ancora oggi, prevede per la validità delle clausole vessatorie necessitatesse l'approvazione per iscritto. La tutela fornita dal

¹⁰³ Rimane sempre applicabile l'art. 1439 cc. che prevede l'annullamento del contratto nel caso che uno dei contraenti abbia posto in essere dei raggiuri senza i quali l'altra parte non avrebbe contrattato.

¹⁰⁴ V. Scalisi, *art. cit.*, p. 852 s.

legislatore all'aderente risultava di carattere esclusivamente formale: bastava, infatti, l'approvazione per iscritto per essere vincolati alla clausola vessatoria o onerosa ed il giudice non poteva entrare nel merito del contenuto della clausola ma doveva limitarsi ad accertare che fosse stata approvata per iscritto. Si trattava di una tutela di carattere esteriore che alcuni autori, prima dell'entrata in vigore della legge sui consumatori, proponevano di mitigare utilizzando l'art. 41 cost. In pratica, se la clausola era talmente vessatoria da non rispettare la dignità e libertà della persona poteva essere invalidata per contrasto con l'art. 41 cost.

Oggi, la tutela è di carattere sostanziale e deriva dalla direttiva 93/13 sulle clausole abusive, recepita con d.lgs. nel '96, ha introdotto gli artt. 1469 bis ss, ora confluiti nel codice del consumo (artt. 33 e ss.). Recependo i contenuti della dir. 93/13 l'art. 33 del codice del consumo elenca una lunga serie di clausole nelle quali può manifestarsi, da parte del professionista, un abuso del potere regolamentare del contratto¹⁰⁵. Molte di queste clausole si presumono vessatorie fino a prova contraria e sono considerate normalmente nulle, salvo quelle che sono state oggetto di un effettivo negoziato tra le parti. Fanno eccezione alcune di esse (elencate nell'art. 36, n. 2 del codice del consumo) che sono considerate sempre nulle anche se

¹⁰⁵ M. Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 308.

oggetto di trattativa. In tutti i casi la nullità delle clausole non inficia la restante parte del contratto che rimane valido¹⁰⁶.

Allo stato, si evidenziano, dunque, due tecniche di protezione dell'aderente: una formale, data dall'art. 1341, co. 2 (il giudice è agnostico rispetto al contenuto della clausola); un'altra sostanziale, fornita dall'art. 33 del codice del consumo grazie al quale il consumatore può far valere la nullità delle clausole vessatorie per lo squilibrio tra diritti ed obblighi tra consumatore-utente e professionista. Il giudice entra, dunque, nel merito del contenuto delle clausole alcune delle quali, come si accennava, restano in vigore se il professionista dimostra che non creano eccessivo squilibrio oppure se sono state oggetto di trattative individuali.

Tra le due tecniche di tutela si pongono problemi di coordinamento dal momento che l'entrata in vigore delle norme sui contratti dei consumatori non ha abrogato la previsione dell'art. 1341, co. 2. Questi due strumenti possono operare in via alternativa o in via cumulativa. Di fronte a clausole vessatorie vi è, in alcuni casi, un cumulo della tutela codicistica e di quella del codice del consumo, in altre ipotesi la tutela è affermata dall'art. 1341 o dagli artt. 33 ss del codice del consumo. Per quanto riguarda questa seconda ipotesi, in cui è applicabile soltanto la tutela esteriore, si consideri l'art. 1341, co. 2 che prevede la specifica approvazione per iscritto delle

¹⁰⁶ G. Alpa e S. Patti, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit. Da ultimo v. R. Tartaglia, *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore. Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie tra novità normative e prassi applicativa*, Milano, 2008.

clausole vessatorie per ammetterne la validità. Si utilizza questa tecnica di protezione per le clausole vessatorie incluse in condizioni generali di contratto, quando si tratta di contratto non concluso tra consumatori-utenti e professionista ma tra due operatori economici oppure tra professionisti e consumatori utenti che non sono persone fisiche.

La prima ipotesi di tutela cumulativa, in cui è applicabile sia la tecnica di tutela codicistica che quella del codice del consumo, ricorre nel caso del contratto concluso tra professionista e consumatore-utente quando le clausole vessatorie fanno riferimento a condizioni generali di contratto. Il consumatore può invocare inefficacia della clausola vessatoria ove non l'abbia approvata per iscritto e se la ha approvata per iscritto può invocarne la nullità (nullità di protezione).

Quando, invece, le clausole vessatorie non sono incluse in condizioni generali di contratto, quantunque si tratti di un contratto concluso tra professionista e consumatore-utente non si può invocare la tutela ex art. 1341, co. 2 c.c. ma solo la tutela dei contratti dei consumatori.

A garanzia del rispetto degli obblighi relativi ai vari contratti disciplinati, il diritto comunitario non ha mai adoperato l'espressione *invalidità*. Sia nella direttiva sulle clausole abusive che in quella relativa alla multiproprietà (come pure nella dir. 2000/35 sui ritardi di pagamento) il diritto comunitario ha imposto agli Stati di prevedere l'inefficacia delle clausole o dei pattuizioni non conformi; esso ha stabilito, infatti, che le stesse *non possono essere fatte valere* oppure che *non vincolano* il contraente

debole (art. 6 dir. 93/13 sulle clausole abusive; art. 8 dir. 94/47 *time share*; art 3 dir. 2000/35) ed ha lasciato liberi gli Stati di scegliere tra i rimedi interni quello ritenuto più idoneo a garantire il contraente protetto. Volutamente ha adoperato una formula generica.

Da parte sua, per adeguarsi al dettato comunitario il legislatore italiano si è mosso sulla scorta delle nozioni a lui familiari¹⁰⁷ ed ha optato per la sanzione dell'invalidità; in questa prospettiva ha dovuto, però, apportare degli aggiustamenti alle sue tradizionali categorie.

Se, dunque, ad avviso del legislatore italiano la sanzione dell'invalidità costituiva il rimedio ideale per eliminare le asimmetrie del potere contrattuale, la stessa è stata configurata come nullità di protezione (come si esprime l'art. 36 del codice del consumo) e cioè come una nullità avente la precisa funzione di protezione nei confronti del consumatore utente. Essa si differenzia in maniera evidente da quella codicistica. Si tratta, infatti, di una figura atipica di nullità che è rilevabile di ufficio, che avvantaggia solo il consumatore e che invalida le sole disposizioni vietate lasciando, per il resto, in piedi il contratto.

Oltre che per violazione del divieto di clausole vessatorie è invocabile anche per vizi relativi alla forma. La stessa soluzione la troviamo codificata a proposito dei contratti conclusi dalle banche con la clientela

¹⁰⁷ G. Filanti, voce *nullità* (diritto civile) in Enc. Giur. Treccani, 1990, p. 1 ricorda la diverse categorie della nullità assoluta, relativa, rilevabile d'ufficio, a domanda di parte.

per quanto concerne i vizi formali o sostanziali dell'atto negoziale; per i contratti relativi a servizi finanziari e viziati per violazione della forma scritta (v. par. 14); per il vizio di conformità (v. par. XX); per le vendite stipulate fuori dai locali commerciali (art. 143 codice del consumo); per i contratti di acquisto della multiproprietà (art. 78 codice del consumo); in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi per quanto si riferisce ai patti che escludano o limitino le responsabilità del produttore (art. 124 codice del consumo);

21. *La deroga alla nullità codicistica*

Questa nullità deroga a due principi fondamentali della nullità codicistica: quella dell'art. 1421 c.c. che prevede l'assolutezza della nullità e quella dell'art. 1419, co. 1 in tema di nullità parziale¹⁰⁸.

Quanto alla previsione dell'art. 1421, va rilevato, infatti, che la nullità in questione è chiamata svolgere la funzione di tutela non dei due contraenti ma solo di quello meritevole di essere protetto che ha il diritto di invocarla. D'altra parte, se la nullità serve a proteggere l'interesse di quel

¹⁰⁸ Sulle tradizionali categorie della nullità e dell'annullabilità v. i commenti di F. Galgano, F. Peccenni, M. Franzoni, D. Memmo, R. Cavallo Borgia, *Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto: art. 1414-1446*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998.

singolo contraente e non un interesse generale, è anche comprensibile che l'unico soggetto legittimato sia quello nel cui interesse è posto.

La seconda deroga, riferita all'art. 1419, co. 1, consiste nella non estensione della nullità all'intero contratto, in base al noto principio *utile per inutile non vitiatur*. Se la nullità di una singola clausola fosse estesa all'intero contratto potrebbe essere danneggiato il contraente meritevole di tutela il quale, vedendo dichiarato nullo l'intero contratto, si troverebbe nell'impossibilità di trarre le utilità che si era procurato con il contratto. Se dovesse funzionare il meccanismo dell'art. 1419, co. 1, si troverebbe svantaggiato colui che merita di essere tutelato, perché il consumatore perderebbe la possibilità di soddisfare il proprio interesse sul bene, non avrebbe più diritto di utilizzare quel bene o di usufruire di quel servizio e quindi subirebbe le conseguenze della nullità dell'intero contratto¹⁰⁹.

Alcuni ritengono che la nullità di protezione sia una figura patologica riconducibile ad un principio di ordine pubblico e sarebbe estrinsecazione di un principio di rango pubblicistico, quale è quello di protezione¹¹⁰. Questa nullità di protezione viene anche definita nullità a legittimazione riservata, proprio per indicare il suo carattere relativo in quanto può essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse è posta oltre ad essere rilevata d'ufficio dal giudice.

¹⁰⁹ Sulla nullità parziale, v. C. M. Bianca, *op. cit.*, p. 638 ss..

¹¹⁰ M. Nuzzo, *Art. 1469-ter. Accertamento della vessatorietà delle clausole*, in Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore a cura di Bianca e Busnelli, cit., p. 852.

22. La nullità relativa

Al riguardo si parla di nullità relativa che è una figura di nullità molto controversa che è stata studiata da decenni nel diritto interno¹¹¹.

Intorno ad esse vi è una certa incertezza dovuta al fatto che non è facile il concetto che la rappresenta.

Nella nullità relativa il vizio non può essere invocato da chiunque ma solo da alcuni soggetti; per coloro nei cui confronti non opera, la nullità è come se non esistesse.

Ora, si obietta che se la nullità è un giudizio di disvalore, che il legislatore fornisce rispetto ad un regolamento d'interessi contrattuale, deve rilevare nei confronti di tutti i consociati perché, diversamente, sarebbe una contraddizione in termini¹¹². Questa critica muove dalla concezione assiologia della nullità e della invalidità del contratto. La nullità e l'annullabilità sarebbero il risultato di valutazioni negative dell'ordinamento sul regolamento d'interessi contrattuale. Il giudizio di

¹¹¹ In maniera critica intorno alla figura della nullità relativa si era dichiarato F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 247 ss per il quale questa figura era da considerare intimamente contraddittoria. Un negozio non può, a suo giudizio, ritenersi pienamente produttivo di effetti per una parte mentre per l'altra può sottrarsi a tali effetti e farne valere la nullità senza che venga messa in discussione il concetto stesso di nullità

¹¹² Sulla scia di Santoro Passarelli, v. tra gli altri, F. D. Busnelli, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* a cura di Bianca e Busnelli, cit., p. 41.

disvalore più forte coincide con la nullità e deve valere nei confronti di chiunque e non solo nei confronti di alcuni, un giudizio meno forte dà luogo ad annullabilità. Questa tesi continua ad essere sostenuta nonostante la difficoltà di distinguere talvolta la nullità relativa dalla inefficacia relativa e dalla opponibilità. Per la inefficacia non vale la critica fatta prima, perché l'inefficacia non è posta a tutela di interessi generali ma particolari e non è la conseguenza di un giudizio di disvalore.

Un caso di nullità relativa è stato visto nella previsione dell'art. 1415 c.c. secondo cui l'atto simulato non è opponibile ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente. In questo caso, secondo la dottrina tradizionale, l'atto simulato è nullo per mancanza dell'elemento essenziale volontà. Per altri, invece, è soltanto inefficace perché obbedirebbe alla volontà dei contraenti che hanno voluto rendere inefficace l'atto simulato. Prendendo atto di questa valutazione empirica qualche autore ritiene che l'atto simulato non è nullo ma inefficace. Se la nullità non può essere fatta valere nei confronti del terzo che acquista dal titolare apparente in buona fede, ci troviamo davanti ad una nullità relativa che non vale per tutti ma solo per quelli che hanno acquistato non in buona fede. Per chi ha acquistato in buona fede è come se non esistesse. Secondo un altro orientamento la nullità relativa andrebbe identificata, invece, con la sanabilità della nullità che, di regola, non è possibile nel caso di nullità assoluta (art. 1423 c.c.).

Le figure più emblematiche di nullità relativa, intesa nel senso della sanabilità, sono previste dall'art. 590 c.c. sul testamento nullo e dall'art. 799 c.c. sulla donazione nulla. La prima norma si riferisce alla conferma ed alla esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle; mentre la seconda considera la conferma e l'esecuzione volontaria di donazioni nulle. L'esecuzione volontaria e la conferma sono due modi di sanare la nullità del contratto che di regola non è sanabile (l'annullabilità è, invece, sanabile, nel rispetto dei termini di prescrizione previsti dall'art. 1441 c.c.; un contratto annullabile è suscettibile di convalida ex art. 1444 c.c.¹¹³).

Oltre ai casi previsti dagli artt. 590 e 799 cc., altre ipotesi di nullità sanabile si riscontrano nel diritto di famiglia, in particolare con riferimento al regime matrimoniale. Un matrimonio affetto da simulazione non può essere impugnato se vi è stata coabitazione che implica, dunque, la sua sanatoria. Si ricordi che con riguardo all'impugnabilità del matrimonio non è facile stabilire se il legislatore abbia voluto riferirsi alla nullità o all'annullabilità essendo la linea di demarcazione tra nullità e annullabilità abbastanza evanescente (si ricordi comunque l'art. 123, co. 2.).

Altra ipotesi di nullità sanabile la si trova nel settore del diritto societario. L'art. 2379 bis c.c. (sanatoria della nullità) prevede la sanatoria delle delibere assembleari della società per azioni. Tale articolo, rubricato

¹¹³ Al riguardo, v. G.B. Ferri, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in Dig. Discipline priv., Sez. civ. IV.

sanatoria della nullità, accentua la distanza con la regola di diritto comune.

La patologia delle delibere assembleari si differenzia notevolmente dalla patologia dei negozi giuridici ordinari. La delibera assembleare è un negozio giuridico unilaterale plurisoggettivo che rientra nella categoria degli atti collegiali perché la parte è costituita da più soggetti. Essa è comunque atto di autonomia negoziale.

L'art. 2379 bis c.c. si esprime così: "L'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea. L'invalidità della delibera per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva". In questo caso sembra proprio di trovarci di fronte ad un atto testuale che consente la sanabilità di una delibera nulla. L'art. 2379 c.c., dedicato alla nullità delle deliberazioni, fa riferimento ad un concetto di nullità che dista dalla concezione classica della nullità e dalla disciplina della nullità di cui all'art. 1418 ss. c.c.

Esaminando le anomalie della previsione contenuta nell'art. 2379 bis c.c., rispetto alla disciplina di diritto comune in tema di contratti, si è giunti alla conclusione secondo cui, più che di nullità, dovrebbe parlarsi di annullabilità.

La vera e propria causa di nullità secondo questo orientamento sarebbe individuabile soltanto per quanto riguarda la modifica dell'oggetto sociale

prevedendo attività illecite o impossibili, quindi soltanto nelle ipotesi in cui la delibera attiene alla modifica dell'oggetto sociale che prevede lo svolgimento di attività illecite; solo in questo caso la delibera sarebbe nulla in senso tecnico ai sensi dell'art. 1418 ss. In tutti gli altri casi non ci troveremmo di fronte ad ipotesi di nullità, ma di annullabilità semmai assoluta che in via eccezionale può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse. Nell'ambito dei contratti, la annullabilità, diversamente dalla nullità, è relativa, nel senso che la legittimazione a farla valere non spetta a chiunque ma soltanto ad alcuni soggetti.

Alcuni autori individuano altra ipotesi di nullità sanabile anche in leggi speciali tra cui il d.lgs. 380/01, relativo al Testo unico in materia edilizia, il quale prevede all'art. 46 co. 4 un'ipotesi di nullità relativa sanabile. A tenore di tale disposizione, che prevede che quando mancano gli estremi del "permesso a costruire" il contratto è nullo, se la mancata indicazione degli estremi non dipende dalla mancanza del permesso, ma, ad esempio, da una dimenticanza, questi atti nulli possono essere confermati; la legge non dice sanati ma confermati, anche da una sola parte mediante atto successivo redatto nella stessa forma del precedente e che contenga gli estremi del permesso a costruire.

Queste situazioni rispondono al principio della conservazione del contratto di cui all'art. 1367 c.c.

Un altro modo di intendere il concetto di relatività, più vicino alla nozione di nullità di protezione, è dato dall'orientamento secondo cui la relatività

indica una situazione in cui l'esercizio dell'azione di nullità spetterebbe solo ad alcuni soggetti indicati eccezionalmente dal legislatore.

La nullità relativa, così intesa, deroga alla nullità che, per definizione, è assoluta; essa si avvicina al regime dell'annullabilità che, per definizione, è relativa, se il soggetto cade in errore o vi è stato dolo e quindi è il soggetto stesso che subisce il danno che deve agire ed ha il potere di esercitare l'azione di annullamento.

Alcuni casi sono dati dall'art. 591, co. 3 sull'incapacità di testare, dove è previsto che il testamento può essere impugnato da chiunque vi abbia interesse. Nel campo degli atti di ultima volontà vi sono principi autonomi che hanno una regolamentazione diversa rispetto a quella prevista per gli atti *inter vivos*. A dimostrazione di ciò si consideri l'art. 1324 c.c., secondo il quale le norme in tema di contratto si applicano non a tutti i negozi giuridici, ma ai negozi a contenuto patrimoniale *inter vivos*, ciò a dimostrazione che gli atti *mortis causa* hanno una regolamentazione del tutto autonoma e rispondono a principi e regole del tutto autonome.

Un altro esempio di annullabilità eccezionalmente assoluta è la fattispecie contemplata dall'art. 1441, co. 2, sull'incapacità del condannato in stato di interdizione legale che può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse.

Ulteriore esempio, sempre nell'ambito del diritto successorio e in tema di forma del testamento olografo, è offerto dall'art. 606, co. 1° secondo cui "il testamento è nullo quando manca l'autografia o la sottoscrizione ovvero

quando mancano gli altri requisiti etc.". Al co. 2 dice "per ogni altro difetto di forma il testamento può essere annullato su istanza di chiunque vi ha interesse". C'è una eccezione alla regola dell'assolutezza dell'annullabilità, ma vi è anche un'altra eccezione perché in tale ipotesi il difetto di forma di un negozio giuridico, in questo caso il testamento, non ubbidisce alle regole di cui all'art. 1325, co. 4 che prevede che il difetto di forma dà luogo alla nullità, qua invece dà luogo alla forma meno grave di invalidità che è l'annullabilità.

Quindi abbiamo una innovazione rispetto alla disciplina tradizionale, secondo cui la forma quando è *ad substantiam* è elemento essenziale del contratto, il legislatore invece non ha alcuna difficoltà nello statuire che un difetto di forma non necessariamente dà luogo a nullità ma può dar luogo anche alla annullabilità.

Questa norma viene adottata dagli autori che contestano l'equazione tradizionale secondo cui ogni qual volta vi è mancanza di nullità, questa mancanza dovrebbe sfociare tendenzialmente nell'annullabilità. Viene adottata tale disposizione per dimostrare che, appunto, non è detto che il difetto di forma trovi sempre la sua sanzione nella nullità, può trovarla per precisa disposizione di legge nella forma meno grave che è l'annullabilità, per giunta assoluta e non relativa.

Seguendo questa tesi la nullità di protezione molto probabilmente è da identificare con la nullità relativa. Resta però sempre salvo un dato, che non consente di identificare *in toto* la nullità di protezione con la nullità

relativa, e cioè la circostanza che la nullità protettiva non si estende all'intero contratto ma riguarda la singola clausola; di qui l'inettitudine della singola clausola nulla, affetta da nullità di protezione, a coinvolgere la sorte dell'intero contratto.

Un ultimo orientamento prevede che la relatività della nullità starebbe ad indicare non la operatività solo nei confronti di alcuni soggetti, né la sanabilità, né la legittimazione limitata, ma lo *stato di pendenza* in cui si troverebbe un negozio giuridico, relativamente al quale il legislatore si riserverebbe di esprimere il proprio giudizio di validità o di nullità in attesa che intervenga o non intervenga un evento futuro ed incerto.

Quindi la nullità sanabile indicherebbe una situazione di sospensione della sorte di un negozio, di un contratto nell'attesa del verificarsi di un evento futuro ed incerto.

Si parla di nullità pendente o di nullità sospesa in attesa del verificarsi dell'evento. Si richiamano sempre gli articoli 590 e 799 c.c.

L'obiezione mossa alla teoria della nullità sospesa o pendente è il rischio che, accogliendola, si crei confusione con altri istituti esistenti quali per esempio quello della fattispecie in corso di formazione: una situazione di pendenza potrebbe scambiarsi con una fattispecie che ancora non ha esaurito il suo ciclo formativo, per esempio con la vecchia concezione del contratto sottoposto a condizione sospensiva. In tempi remoti era diffusa la teoria secondo cui, fin quando non si verificava la condizione, il processo formativo del contratto non si era ancora esaurito. Si trattava,

quindi, di una fattispecie in corso di formazione in cui l'ultimo elemento necessario per perfezionare del contratto era la venuta esistenza della condizione.

Si è obiettato che il concetto di nullità sospesa o pendente si confonde con la nozione di fattispecie in corso di formazione per cui si invoca la nullità quando invece si è dinanzi ad un iter perfezionativo di un negozio non ancora concluso.

23. Segue. *Altri casi di nullità relativa previsti dal diritto comunitario*

I casi di nullità relativa, a legittimazione riservata, previsti dal diritto comunitario non si esauriscono in quelli prima ricordati e vanno oltre la sfera dei rapporti di consumo.

La direttiva 2002/91 sul rendimento energetico nella edilizia (recepita in Italia con d.lgs 192/05) prevede che gli edifici di nuova costruzione o che vengono ristrutturati devono essere muniti dell'attestato di certificazione energetica. L'art. 6 del d.lgs prevede che, in caso di alienazione dell'immobile o di una singola unità immobiliare, deve essere allegato all'atto di compravendita anche l'attestato in originale o in copia autenticata, così come nel caso di locazione deve essere messo a disposizione del conduttore o a lui consegnato in copia dichiarata. Si

potrebbe pensare che siamo davanti ad una norma *minus quam perfecta* nella quale vi è il precetto ma non la sanzione, ed invece così non è. Le sanzioni sono previste, infatti, dall'art. 15, co. 8 che espressamente statuisce che, in caso di violazione dell'obbligo previsto dall'art. 6, co. 3 (cioè quando non è allegato l'attestato), il contratto è nullo. La norma aggiunge che la nullità può essere fatta valere solo dal compratore.

La stessa sanzione è prevista per l'inadempimento dell'obbligo di mettere a disposizione, di consegnare al locatario l'attestato di certificazione energetica. L'art. 15, co. 9 sancisce, infatti, che in caso di violazione di quanto previsto dall'art. 6, co. 4 il contratto è nullo e la nullità può essere fatta valere solo dal conduttore.

Al di là delle diverse valutazioni di questa situazione resta che, accanto alla nullità classica prevista dall'art. 1418 ss. c.c. si è inserita questa nullità di protezione di origine comunitaria, a legittimazione riservata, posta a tutela del consumatore-utente o della piccola media-impresa che si riferisce, dunque, alla categoria dei contratti con asimmetria del potere contrattuale.

24. Sull'ampliamento delle aree di incidenza dello schema contrattuale

L'incidenza del diritto comunitario dei contratti nell'ordinamento italiano non si esaurisce nei casi prima considerati che hanno riguardato

prevalentemente i contratti di consumo. Anche se la nostra indagine è stata rivolta ad essi per una ragione di omogeneità, vale la pena ricordare l'ampliamento delle aree in cui può incidere lo schema contrattuale.

Prima si riteneva che questo schema fosse utilizzabile solo nel campo del diritto dei traffici, ora lo si ammette anche nel campo del diritto successorio e delle disposizioni testamentarie con riferimento al divieto dei patti successori (art. 458 c.c.). Si può ritenere che questo divieto sia stato vulnerato con l'introduzione nel nostro ordinamento dei patti di famiglia avvenuta con legge 55/06¹¹⁴. Invero, era molto avvertita l'esigenza di ridurre l'ambito di operatività dell'art. 458 c.c., che era considerato da molti anacronistico e non conforme alle esigenze che emergono dal diritto comunitario (raccomandazione CE 7 dicembre 1994). Con l'introduzione dei patti di famiglia inseriti negli artt. 768 bis-octies c.c. è iniziata l'erosione dell'art. 458 c.c. Si pensi anche all'utilizzazione sempre più frequente dello schema contrattuale nell'area del diritto di famiglia dove vi sono delle discussioni con riferimento ai Pacs (ammessi nel diritto francese) o con riferimento ai *prenuptial agreements*, gli accordi

¹¹⁴ Il patto di famiglia è un contratto –concluso con atto pubblico– con il quale l'imprenditore dispone, in tutto o in parte, della sua azienda -lo stesso può farlo il titolare di partecipazioni societarie con le proprie quote- in favore di uno o di più discendenti. Più precisamente, il nuovo articolato normativo propone di conciliare il diritto dei legittimari –che non è in alcun modo posto in discussione – con la giusta esigenza di assicurare continuità all'impresa e ciò in linea con il mutamento dei bisogni della società che richiedono un parziale superamento del divieto dei patti successori.

prematrimoniali diretti a regolare i rapporti patrimoniali in vista di un futuro ed eventuale divorzio ancora prima di contrarre il matrimonio. Questi accordi sono frequentemente utilizzati nel *common law* e qualcuno vorrebbe ammetterli anche nel nostro ordinamento richiamando lo schema dell'art. 1322, co. 2, anche se appare difficile ammettere questa figura. Ancora un'altra figura discussa è quella degli accordi in vista del divorzio. Anche sul diritto di famiglia si avverte l'influenza del diritto comunitario, che non incide più solo sul diritto dei traffici tant'è che si comincia a parlare della costruzione del diritto di famiglia europeo¹¹⁵.

Ci riferiamo ad alcuni interventi normativi realizzati da regolamenti, quindi, da atti direttamente applicabili ovvero immediatamente operativi negli ordinamenti degli Stati membri, quali il reg. n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento ed alle esecuzioni delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di potestà dei genitori sui figli. Si tratta di un passo importante che, nella prospettiva della creazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia di cui al tit. IV TCE, apre la strada al riconoscimento automatico delle sentenze emanate dai giudici degli Stati membri sulla base di regole di precise di competenza (a prescindere dalla legge utilizzata al riguardo).

Tutto questo ha indotto alcuni autori a ritenere che ormai si va verso la edificazione di un diritto europeo delle relazioni familiari, anche se il

¹¹⁵ R. Baratta, *art. cit.*; AA VV, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit.

primo passo dovrà riguardare presumibilmente l'adozione di regole comuni di diritto internazionale privato, ovvero di regole sulla scelta del diritto che dovrà disciplinare queste situazioni. La sensibilità del diritto comunitario per i problemi della famiglia è attestato in modo solenne dalla Carta dei diritti fondamentali della UE proclamata a Nizza nel dicembre 2000, trasfusa, in un primo momento, nel testo del trattato che adotta una costituzione per l'Europa (ormai abbandonato) e, successivamente, riprodotta nella Carta di Strasburgo del 12 dicembre 2007 richiamata, a sua volta, dal trattato di Lisbona del dicembre 2007 che dovrà riformare l'assetto dell'UE¹¹⁶. La Carta in questione dedica alla famiglia ben tre articoli: l'art. 9 dove viene enunciato il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia; l'art. 24 che riconosce i diritti del bambino, ed in particolare che *"ogni bambino ha diritto di intrattenere relazioni e contatti con i due genitori, salvo che ciò sia contro al suo interesse"*. C'è già il concetto dell'affidamento condiviso, in cui la crisi della famiglia non deve privare il bambino della doppia figura genitoriale. Poi l'art. 33 che predispone una serie di rimedi a protezione della famiglia sul piano giuridico, sul piano economico e sul piano sociale. Va però detto che la reale incidenza delle previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali sull'azione delle istituzioni comunitarie, e domani dell'Unione, dipende dalla loro

¹¹⁶ L'art 6, n. 2 dispone che *"L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo che ha lo stesso valore giuridico dei trattati."*

competenza a regolamentare direttamente questi ambiti. Fino ad ora i rapporti di famiglia e le situazioni familiari sono state considerate dal diritto comunitario in via di presupposto per il godimento di particolari diritti, come ad es. la pensione reversibilità o il ricongiungimento familiare. Il diritto comunitario, cioè, occupandosi del ricongiungimento lo ha legato al vincolo familiare ma ha rimesso alla valutazione degli ordinamenti interni il giudizio sull'esistenza e sulla legittimità di tale vincolo. Non è suo compito intervenire sul regime ad es. delle unioni omosessuali o delle unioni di fatto; laddove questi rapporti esistono il diritto comunitario li considera rilevanti anche sotto i profili che gli competono. Tornando, quindi, alle previsioni della Carta dei diritti fondamentali occorre ricordare che esse non sono idonee ad ampliare le competenze della Comunità e che devono essere da essa rispettate nell'esercizio delle sue competenze¹¹⁷.

25. Nuove figure contrattuali: la questione del pegno rotativo

¹¹⁷ Per l'approfondimento di questi temi, v. da ultimo i saggi di AA VV in , *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit.

Tra le nuove figure contrattuali riconducibili all'azione del diritto comunitario va ricordata ancora quella del pegno rotativo¹¹⁸. Fino alla fine degli anni '90, sia in dottrina che in giurisprudenza, si discuteva della validità di questa figura per certe caratteristiche peculiari che nel nostro sistema positivo riguardano il pegno: ovvero il principio dell'immutabilità del bene o dei beni oggetto del pegno individuati nel momento in cui il contratto di pegno è stato concluso.

E' comune l'espressione secondo cui il pegno nel nostro ordinamento giuridico è una garanzia ad oggetto fisso, proprio per indicare l'impossibilità di variare il bene oggetto del pegno rispetto a quello originariamente indicato nel contratto. Le resistenze circa la validità di questa figura sono state superate in un momento successivo dalla corte di cassazione che, con una decisione storica del 28 maggio 1998 n. 5264 è giunta ad affermare la piena validità del pegno con clausola rotativa. Il giudice di legittimità subordinava la validità di questa particolare figura di pegno alla presenza di alcuni presupposti:

- che il patto di rotatività fosse originario, ovvero che fosse concordato nel momento stesso in cui si è concluso il contratto di pegno, per cui non era possibile un patto aggiunto;

¹¹⁸ Al riguardo v. F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 662, 1233.

- che il bene da sostituire al bene originario avesse l'identico valore rispetto al bene originario e ciò per non danneggiare l'interesse dei creditori non assistiti da causa legittima di prelazione;
- che anche il nuovo bene fosse necessariamente consegnato al creditore, fosse, cioè, oggetto della *traditio* richiamata dall'art. 2786, co. 1 c.c. secondo cui "*il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa*". La *traditio rei* è, infatti, elemento essenziale del contratto di pegno. Anche quando viene sostituito ad un bene originario un nuovo bene, questo deve essere oggetto di consegna al creditore affinché si realizzi l'esclusiva disponibilità della cosa da parte del creditore;
- che la sostituzione del bene originario avvenisse senza dare vita ad un nuovo rapporto di garanzia: non nasce, cioè, un nuovo rapporto di garanzia, non prende una nuova data dal momento della sostituzione, non si determina una sorta di vicenda novativa del rapporto di garanzia. Si salvaguarda la cosiddetta continuità del vincolo di garanzia che permane ed ha la data del momento stesso in cui è sorto il rapporto di garanzia e non la data in cui è avvenuta la sostituzione del bene.

A questa decisione storica della S.C. ne sono succedute delle altre, che hanno confermato la validità di questa particolare figura di pegno. Tuttavia, nonostante queste ripetute decisioni favorevoli alla validità del patto rotativo, in dottrina sono state manifestate delle perplessità in merito alla validità di questo patto. Queste riserve devono essere

attenuate alla luce del d. lgs 170/04 che ha recepito la direttiva 2002/47 in materia di contratti di garanzia finanziaria. In questo provvedimento è testualmente prevista la clausola di rotatività seppure limitata alle garanzie finanziarie. L'art. 1 lettera g dice: *"la clausola di sostituzione inserita nel contratto di garanzia finanziaria prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto nei limiti del valore dei beni originariamente costituiti in garanzia"*. Seppure nell'ambito delle garanzie finanziarie sembra, ormai, che sia stata tipizzata la clausola di rotatività. E' ragionevole ritenere che nel caso in cui venga esercitata la facoltà della sostituzione non vi sia costituzione di una nuova garanzia, con la conseguenza che la data del rapporto di garanzia resta la data originaria. E' ragionevole ritenere ciò, perché, con il d. lgs n. 170 del 2004 il legislatore ha espressamente previsto la clausola non con riferimento al profilo della sostituzione ma dell'alienazione dei beni oggetti della garanzia. Il legislatore ha precisato che quando è avvenuta l'alienazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, sempre che ciò sia previsto nel contratto di garanzia finanziaria, c'è la possibilità della sostituzione dell'originario bene con beni diversi. Se questa facoltà di sostituzione è prevista per la vicenda radicale dell'alienazione a maggior ragione deve essere ammessa nel caso di una vicenda meno radicale come la sostituzione. Se si aliena il bene oggetto della garanzia pegno, c'è l'obbligo a carico del datore di ricostituire la garanzia senza dare vita a una nuova garanzia e questa ha data dal momento in cui viene stipulato il contratto di pegno. Se questa regola è

dal legislatore testualmente prevista nell'alienazione della garanzia, logica vuole che la stessa regola sia da applicare nell'ipotesi della mera sostituzione. Anche qui la garanzia ha data dal momento in cui è stato costituito l'originario contratto e non dal momento della sostituzione del bene. Quei principi in tema di rotatività sembrano aver avuto l'avallo con questo decreto legislativo. C'è da chiedersi, dunque, se hanno ancora ragion d'essere le riserve circa la validità del pegno rotativo!

Questo decreto legislativo è interessante anche per un'altra ragione. Oltre alla rotatività ed al principio della continuità della garanzia nonostante la sostituzione del bene, in questo decreto vi è una deroga al divieto del patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c.. Nell'art. 6, co. 2 è stabilito che: *“ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono la sostituzione della proprietà con funzione di garanzia non si applica l'art. 2744 c.c.”*. Si può notare l'influenza del diritto comunitario sul nostro ordinamento che va ben oltre il profilo della patologia del contratto e addirittura mette fuori causa il divieto del patto commissorio.

26. Valutazioni conclusive

I provvedimenti normativi comunitari sin qui considerati hanno inciso nell'ordinamento italiano in maniera addirittura più profonda di quanto non sia avvenuto in altri ordinamenti nei quali preesisteva una normativa a tutela dei consumatori. Da noi l'impatto è stato definito rivoluzionario

non solo perché al consumatore è stato attribuito un rilievo particolare, al punto che si è parlato di una personalità particolare diversa da quella che si riferisce alla persona fisica¹¹⁹, quanto per avere la normativa di origine comunitaria espropriato in larga misura le parti della facoltà di autodeterminarsi e per aver sottratto all'autonomia negoziale ampi aspetti del rapporto contrattuale. Essa, inoltre, ha innovato per gli obblighi di informazione imposti a carico del professionista e a vantaggio del consumatore, per il riguardevole spazio nel quale ha previsto l'intervento giudiziale di riequilibrio dell'equità dello scambio, per aver introdotto il principio rivoluzionario della recedibilità, sia pure nell'ambito di particolari contratti -quelli negoziati fuori dei locali commerciali, quelli negoziati a distanza, quelli sui pacchetti turistici tutto compreso, quelli *time share*- e per le notevoli innovazioni nel campo della inefficacia-invalidità del contratto dove la figura della nullità di protezione supera le tradizionali classificazioni, inoltre, per quanto concerne il principio di buona fede.

Le previsioni sul diritto di recesso appaiono rivoluzionarie rispetto alle nozioni codicistiche di accordo e di efficacia vincolante del consenso, di cui all'art. 1372 c.c. La possibilità di recedere riconosciuta al consumatore spiazza, infatti, la regola dell'indissolubilità del vincolo contrattuale che è garanzia della certezza e della serietà delle negoziazioni. Nell'ottica

¹¹⁹ G.Alpa- G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto* XV ed. sez. civ., Appendice, Torino, 1997, p. 549.

comunitaria, invece, la possibilità di recedere appare indispensabile per venire incontro al soggetto il cui consenso al contratto è stato espresso probabilmente senza una adeguata consapevolezza e convinzione¹²⁰.

Anche se sotto il profilo dogmatico, gli interventi in tema di obblighi di informazione nella fase precontrattuale non costituiscono una novità assoluta, essendo questi già noti all'ordinamento italiano¹²¹, il fatto, tuttavia, di aver considerato, come fa l'ultima versione del codice del consumo (decreto lgs 6 settembre 2005, n. 206), tra i diritti fondamentali dei consumatori quello ad *una adeguata informazione e a una corretta pubblicità* (art. 2, lett. c) cui segue subito dopo quello *all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà* (lett. c bis) non è senza significato.

Il diritto comunitario potrebbe incidere anche in misura maggiore nel campo delle invalidità. Allo stato, però, si questi aspetti si registrano

¹²⁰ Si pensi al caso dell'acquirente - consumatore nelle vendite realizzate fuori dei locali commerciali quando verosimilmente si trova colto di sorpresa, impreparato di fronte all'iniziativa del commerciante, non in grado di valutare con la dovuta freddezza ed attenzione gli obblighi che discendono dal contratto (G. Alpa, commento alla sentenza Corte di giustizia 14 luglio 1994, C-91/92, Faccini Dori, in *Contratti*, 1994, p. 597) o a quello dell'acquisto a distanza quando l'acquirente non dispone nemmeno della possibilità di visionare il bene che si sta accingendo a comprare.

¹²¹ Al riguardo v. P. Gallo, *art. cit.*, p. 654 ss. dove ricorda i casi degli artt. 798, 1338, 1759, 1812, 1821, 1892 e 1893 cc.; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, cit., p. 150 il quale riconosce alla normativa consumeristica di origine comunitaria il merito di aver accelerato lo sviluppo di questi dati e fornito ad essi una chiara e definitiva consacrazione.

ancora il prevalere di visioni tradizionali. Ad esempio, recentemente la corte di cassazione¹²² ha riaffermato la abituale distinzione tra norme imperative che regolano i comportamenti dei contraenti e norme di validità ed ha ribadito che la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente. Ha escluso, però, che la violazione delle norme di comportamento incida sulla genesi dell'atto negoziale con la conseguenza di provocarne la nullità.

La distinzione tra norme imperative di comportamento e norme di validità¹²³ è, ad avviso della SC, fortemente radicata nei principi del codice civile tanto che dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede -immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato

¹²² Cass. SU, 19 dicembre 2007, n. 26724, con nota di G. Nappi, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in Giust. Civ., 2008, 1189.

¹²³ Sull'argomento v. G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 37 ss. il quale, pur ammettendo che valutazioni di ordine equitativo o di tipo etico non sono affatto estranee al mondo delle "regole di validità", è per la tradizionale distinzione delle due regole sotto il profilo delle conseguenze riconducibili alla loro violazione e contrario, in particolare, a considerare la violazione delle regole di buona fede come causa di invalidità del contratto (spec. p. 43 ss).

sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame)- il codice civile fa discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perchè il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto e non possono assurgere, in via di principio, a requisiti di validità.

La SC rileva che “l'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile”¹²⁴.

¹²⁴ Sulla valenza del principio di buona fede nel contratto, considerato “un principio cardine dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema

Per il resto, se è vero che il diritto comunitario ha promosso, nei settori sui quali è intervenuto, un modello di contratto caratterizzato da una notevole flessibilità e da una marcata dinamicità che prima non si conosceva; che esso ha mirato fundamentalmente al riequilibrio della posizioni dei contraenti ben oltre la figura del consumatore¹²⁵; che ha piegato il dogma di intangibilità dell'autonomia privata nella prospettiva di un sistema improntato all'equità dello scambio e della concorrenza dei mercati¹²⁶, nemmeno è possibile attribuire a tutte queste novità una valenza di carattere generale. Questi interventi comunitari hanno, per il momento, determinato, attraverso un diritto speciale o "di settore", una frantumazione dell'unità del diritto dei rapporti intersoggettivi di cui era

...<che> costituisce regola di governo della discrezionalità e ne vieta quindi l'abuso", v. Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in Foro it. 1995, I, 1296 favorevolmente commentata da L. Nanni, in Contratto e impresa, 1994, p. 475 ss. Di contro, però, Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in Danno e resp., 2006, p. 5 ss. per la quale la nullità virtuale per contrarietà a norme imperative riguarderebbe soltanto elementi intrinseci della fattispecie negoziale e quelle mancanze di informazioni che si fossero tradotte in un vero e proprio difetto dell'accordo. Favorevole ad una applicazione estensiva del principio di buona fede avente la funzione di "filtrare" il giudizio sull'equità delle clausole contrattuali e sulla loro eventuale abusività, dal contesto del contratto coi consumatori (nel quale è stata espressamente considerata dal diritto comunitario) in una prospettiva generale, F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede*, cit., p. 548 ss. Questo A. si serve sia del riferimento all'art. 1366 c.c. secondo cui il contratto va interpretato in buona fede sia delle previsioni relative all'abuso di dipendenza economica di cui alla disciplina sulla subfornitura.

¹²⁵ Questo riequilibrio è stato, in una certa misura, ulteriormente rafforzato dal nostro legislatore, v. P. Pollice, *cit.*, p. 11 ss.

¹²⁶ G. Chiné, *Il diritto comunitario*, cit., p. 788.

invece espressione la codificazione¹²⁷, con due paradigmi contrattuali alternativi basati l'uno sul modello del gioco cooperativo (contratto tra imprese e consumatori) e, l'altro, sul modello del gioco antagonistico (contratti tra imprese *business to business*)¹²⁸. La strategia praticata dal diritto comunitario, che è stata volta al rimodellamento del regolamento contrattuale in base a criteri miranti a "garantire la più efficiente e funzionale regolazione del mercato (e di un mercato ... aperto e in libera concorrenza)"¹²⁹, ha realizzato i suoi obiettivi attraverso trattamenti e statuti normativi differenziati e si è riferita soltanto alle transazioni in cui almeno una delle parti agisce nello svolgimento della propria attività professionale¹³⁰.

¹²⁷ G. Chiné, *o.u.c.*, p. 763. F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 770 s. nota come, per impulso del diritto comunitario e al di fuori di qualsiasi organicità, si stia ricreando l'antico dualismo tra atti civili e atti commerciali noto al codice civile del 1865 e al codice di commercio del 1882 che aveva creato due diverse categorie di cittadini non uguali di fronte alla legge essendo le vicende degli uni regolamentate diversamente rispetto alle vicende degli altri.

¹²⁸ Su questo dualismo v. P. G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonistica del contratto*, in Riv. dir. civ., 2003, I, p. 409 ss.

¹²⁹ V. Scalisi, *art. cit.*, p. 848.

¹³⁰ S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 373 dove evidenzia, appunto, che, da questo punto di vista, il diritto europeo dei contratti abbia un ambito più ristretto del diritto nazionale avendo il contratto puramente civilistico (non commerciale) tra due non professionisti un rilievo pratico marginale nel commercio transfrontaliero. Sulla stessa posizione G. D'Amico, *art. cit.*, p. 47 il quale evidenzia che se l'obiettivo delle regole considerate è la *strutturazione* del mercato, risultano legittimate le perplessità nei confronti dei tentativi di attribuire ad esse portata generale "ambientandole" in contesti diversi da quelli in cui sono state pensate.

D'altra parte, la limitata valenza delle normative comunitarie è nota. Non a caso in sede di trasposizione della direttiva 1999/44 in materia di vendita e garanzie dei beni di consumo era stata prospettata la possibilità di procedere a modifiche più generali dell'impianto codicistico interno che riguardasse la materia considerata (realizzando, quindi, una profonda e globale revisione normativa) piuttosto che limitarsi ad una semplice riproposizione della normativa in questione¹³¹. In sede di recezione il legislatore italiano si è attenuto, invece, al dato testuale della direttiva e si è astenuto dall'effettuare più radicali interventi.

Non di meno si può sottovalutare la permeabilità dei principi enucleati dal diritto comunitario anche ad altre figure contrattuali; al riguardo sono già stati messi in risalto alcuni dati.

Il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, causato dalle clausole poste a danno del consumatore e che l'art. 33, n. 1 del codice del consumo sanziona come vessatorie, trova, come già accennato, corrispondenza nell'art. 9 della legge 192/98 sulla subfornitura che parla di un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi.

Ciò autorizza a ritenere che l'ingiustizia contrattuale vada assumendo nel nostro ordinamento un ruolo cardine nell'ambito del contratto e che non è azzardato immaginare una ricomposizione unitaria del diritto contrattuale

¹³¹ Sul punto v. F. Macario, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001, p. 143 ss

basata sul nesso costitutivo rappresentato dal mercato¹³².

¹³² Sul punto v. P. Sirena, *art. cit.*, p. 426 s.

Capitolo terzo

I mezzi di tutela del consumatore e il diritto comunitario

1. Gli interventi del diritto comunitario. Le limitate competenze. - 2. Segue. Le possibilità offerte dal tit. IV del trattato CE. --3. Le misure inibitorie. - 4. I rimedi alternativi alla giurisdizione. -5. Il caso delle *astreintes*. Le penalità previste dalla direttiva 98/27

1. *Gli interventi del diritto comunitario. Le limitate competenze*

Gli interventi del diritto comunitario sui rapporti di consumo o, più in generale, a favore del contraente debole non hanno riguardato unicamente la disciplina del rapporto contrattuale in senso stretto.

In sede comunitaria, infatti, si è avvertita presto anche l'esigenza di occuparsi anche degli strumenti necessari per far valere i diritti che si andavano definendo. Si è fatta, così, spazio la necessità di favorire, da un lato, la composizione dei conflitti e delle piccole controversie che, per gli alti costi del ricorso alla giustizia ordinaria, non trovano una soluzione soddisfacente ¹³³e, dall'altro, di considerare la possibilità di azioni

¹³³ Nel Libro Verde del 2005 sulle azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust, punto 2.5 Tutela degli interessi del consumatore, è detto: "Per motivi pratici, è molto improbabile - se non impossibile - che i consumatori e gli acquirenti che hanno subito un danno di lieve entità introducano un'azione

inibitorie intentabili anche da enti pubblici o da associazioni private rappresentative degli interessi dei consumatori. A queste esigenze la Comunità ha cercato di rispondere, ovviamente nei limiti delle sue competenze, armonizzando le procedure relative ai provvedimenti inibitori delle infrazioni commesse nei confronti dei consumatori e favorendo meccanismi di consultazione e di cooperazione transnazionali come la creazione di una rete europea di informazione e di una rete nazionale di autorità nazionali.

Da un punto di vista generale, le azioni esercitabili e i rimedi ipotizzabili a tutela del consumatore (e del contraente debole) sono inquadrabili a seconda che considerano unicamente la posizione del diretto interessato, attribuendogli diritti e facoltà, o anche quella di associazioni ed enti costituiti a loro difesa; il ruolo di queste associazioni, a sua volta, si distingue a seconda che agiscano per far valere diritti di singoli che sarebbero tutelabili anche direttamente dagli interessati (in questa prospettiva si inquadra il fenomeno della tutela collettiva¹³⁴ e, all'interno

di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust. Si dovrebbero pertanto esaminare delle modalità che permettano di meglio tutelare tali interessi mediante azioni collettive. Oltre alla tutela specifica degli interessi dei consumatori, le azioni collettive possono essere utilizzate per raggruppare in un'unica azione un numero consistente di domande di portata più modesta, risparmiando così tempo e denaro".

¹³⁴ Sul punto v. già U. Ruffolo, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1989; G. Alpa, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 26 ss. C. Verardi, *L'accesso alla giustizia e tutela collettiva dei consumatori*, in *Trattato diritto*

di questa, la c.d. *class action*¹³⁵) oppure interessi collettivi che non costituiscono la mera somma di una serie di interessi individuali ma corrispondono ad esigenze generali non riferibili a qualcuno in particolare. I rimedi utilizzabili possono essere classificati, inoltre, a seconda che abbiano o meno natura giurisdizionale. Nel caso che difetti in essi la natura giurisdizionale (si consideri che, dal punto di vista che ci interessa, l'arbitrato viene fatto rientrare tra i rimedi giurisdizionali anche se, propriamente, esso rappresenta, per definizione, una alternativa alla giurisdizione!¹³⁶) si parla, in generale, di rimedi alternativi alla

civile diretto da M. Bessone, vol. XXVI, Il diritto privato dell'Unione Europea, (a cura di A. Tizzano), Torino, II, 2000, p. 1331.

¹³⁵ L'espressione *class action* è mutuata dall'esperienza nordamericana dove è conosciuta anche come *representative action*. Essa consiste in una azione legale che può essere esercitata da uno o più soggetti i quali, membri della "classe", chiedono che la soluzione di una questione comune di fatto o di diritto avvenga con effetti *ultra partes* per tutti i componenti presenti e futuri della classe. I soggetti della medesima classe possono anche decidere di esperire una propria azione individuale decidendo di non avvantaggiarsi dell'azione altrui. Per avvantaggiarsi dell'azione collettiva è sufficiente che rimangano inerti. C. Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in Riv. dir. civ. 1993, p. 609 ss.

¹³⁶ Sulle differenze tra conciliazione e arbitrato, v. C. Punzi, *Conciliazione e arbitrato*, in Riv. dir. proc., 1992, p. 1028 ss. L'esclusione dell'arbitrato dai mezzi alternativi alla giurisdizione è sostenuta anche nel Libro verde del 2002 relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale COMM(2002) 196 def. del 19 aprile 2002 in quanto il lodo arbitrale mira, in definitiva, a sostituirsi alla decisione giudiziaria, cosa che, invece, non avviene per i mezzi alternativi in senso stretto.

giurisdizione ovvero di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*)¹³⁷. Questa è una espressione generica che comprende una serie abbastanza ampia e variegata di percorsi il cui carattere unificante consiste nel fatto che: a) la soluzione dei conflitti avviene con tecniche semplificate rispetto alle procedure giudiziarie ordinarie; b) si basa sul consenso delle parti; c) comporta una serie di vantaggi in termini di costi, di rapidità e di maggiore flessibilità¹³⁸. Si tratta di strumenti che rimandano ad un'idea di giustizia che non discende da una applicazione autoritativa delle regole giuridiche basate su una netta distinzione tra torto e ragione. Essi «si fondano piuttosto su una concezione di giustizia come recupero dello “strappo sociale” e della pacifica convivenza attraverso l'autocomposizione dei conflitti, favorita da una serie di soggetti terzi, cui vengono a seconda dei casi affidate funzioni di informazione, di mediazione, di decisione»¹³⁹.

¹³⁷ G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in DUE, 2008, p. 349 ss.

¹³⁸ G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Diritto dei consumi*, 1997, p. 257 ss; G. Rossolillo, *o.u.c.*, e AA ivi cit.

¹³⁹ C. Verardi, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Il diritto privato dell'UE*, (a cura di A. Tizzano), Torino, I ed., p. 1339 il quale mette anche in guardia sulla effettiva idoneità di questi mezzi alternativi a superare le disuguaglianze sociali e ad evitare che la parte più debole accetti una conciliazione anche a condizioni inique. Tutto questo è vero. Si tenga, però, conto che, per es., nei rapporti tra le imprese, la parte debole del contratto (si pensi all'ipotesi del sub fornitore) può avere difficoltà ad affrontare a viso aperto la sua controparte perché un tal gesto comprometterebbe definitivamente qualsiasi possibilità di allacciare un rapporto con essa. Si noti che proprio in tema

Tornando ai diritti comunitari e ai mezzi per la loro tutela va ricordato che essi sono approntati, in primo luogo, dagli ordinamenti interni.

Già con la sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, la Corte di giustizia riconoscendo l'efficacia diretta delle norme del Trattato affermò la loro diretta invocabilità da parte dei singoli davanti agli organi interni che sono, quindi, strumento di attuazione e di garanzia anche del diritto comunitario.

Un intervento diretto da parte della Corte di giustizia si configura solo nell'ipotesi di ricorso in annullamento degli atti comunitari che, per quanto concerne gli individui (persone fisiche e giuridiche), può essere esercitato unicamente nei confronti delle decisioni; eccezionalmente questi soggetti possono proporre un ricorso contro regolamenti quando, nonostante la loro formulazione in termini generali, li riguardano, invece, individualmente e direttamente (art. 230, co. 4, TCE).

Come è noto, la limitata possibilità di far verificare la legalità degli atti comunitari da parte dei singoli (persone fisiche e giuridiche) è compensata dal meccanismo di rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE). Per mezzo di questo strumento, infatti, anche i soggetti, esclusi in via principale dalla possibilità di ricorrere alla Corte per impugnare determinati atti comunitari, possono

di subfornitura l'art. 9 della legge 192/98 sull'abuso di dipendenza economica è stato modificato ed integrato dalla legge 57/2001 che con l'art. 11 ha attribuito al giudice ordinario la competenza delle azioni in materia comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.

provocare, per il tramite del giudice nazionale, un giudizio di questa sulla loro validità (oltre che sulla loro interpretazione)¹⁴⁰.

Con riferimento ai rimedi interni, la Corte di giustizia, richiamandosi al criterio dell'effetto utile, ha sostenuto che le modalità procedurali utilizzabili per fare valere i diritti comunitari non possono essere meno favorevoli di quelle che regolano ricorsi simili di diritto interno (*principio di equivalenza*) né tali da renderne praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio (*principio di effettività*). Essa ha precisato, inoltre, le condizioni in cui anche le direttive non recepite producono effetti diretti (sia pure solo verticali) e quando si configura una responsabilità dello Stato da far valere davanti agli organi interni con la condanna ai danni arrecati ai singoli¹⁴¹.

¹⁴⁰ G. Tesaurò, *op. cit.*, p. 258 ss.

¹⁴¹ Cfr. Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 36/76, *Rewe*, punto 5; 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, punti 12-16; 27 febbraio 1980, causa 68/79, *Hans Just*, punto 25; 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, punto 14; 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85 *Bianco e Girard*, punto 12; 24 marzo 1988, causa 104/86, *Commissione/Italia*, punto 7; 14 luglio 1988, cause riunite 123/87 e 330/87, *Jeunehomme e EGI*, punto 17; 9 giugno 1992, causa C-96/91, *Commissione/Spagna*, punto 12; 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90 *Francovich e a.*, punto 43; 5 marzo 1996, cause riunite C-47/93 e 48/93 *Brasserie du Pecheur e Factortime*; 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*; 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani*, punto 27. Cfr. P. Olivier, *Le droit communautaire et les voies de recours national*, in *Cah. dr. eur.*, 1992, p. 348; A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, I, 14; G. A. Benacchio e M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, pp. 24 ss.; L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000.

1. Segue. Le possibilità offerte dal titolo IV del trattato CE

Circa il ruolo svolto dal diritto comunitario sulle questioni che ci interessano, notiamo che negli anni '80 il completamento del mercato interno, l'emergere del ruolo dei consumatori quali protagonisti dei processi economici e la persistente differenziazione tra procedure nazionali e costi da sostenere per affrontare i ricorsi hanno imposto la necessità di considerare forme più dirette ed efficaci di tutela dei diritti dei singoli senza escludere quelle ordinarie già consentite da ciascun ordinamento.

La possibilità da parte del diritto comunitario di prevedere e di introdurre negli ordinamenti statali nuove forme di garanzia doveva fare i conti, come accennato, con le limitate competenze previste al trattato.

Fino alla nuova formulazione del titolo IV TCE da parte del trattato di Amsterdam (1997), che ha introdotto nuove competenze in tema di cooperazione giudiziaria in materia civile consentendo l'adozione di una serie di atti (per lo più, regolamenti) non solo sui criteri di esercizio della giurisdizione (come ad es. il reg. 44/01 relativo alla materia civile e commerciale oppure il reg. 2201/2003 in materia matrimoniale e di potestà genitoriale) ma anche sugli stessi procedimenti (con l'elaborazione e la formulazione di regole processuali comuni come nel caso del procedimento europeo di ingiunzione di pagamento previsto dal reg. 1896/2006 oppure del procedimento europeo per le controversie di

modesta entità introdotto col reg. 861/2007), gli interventi della Comunità nel settore delle garanzie erano stati di tipo accessorio alle normative materiali introdotte.

Nell'ambito, cioè, delle regolamentazioni adottate si trovavano anche riferimenti alle forme di garanzia. E così, si rinvenivano dei riferimenti alle azioni inibitorie esercitabili da associazioni di rappresentanza e di difesa dei consumatori, ma in quanto previste dagli ordinamenti interni. Si pensi alla dir. 84/450 in materia di pubblicità ingannevole (modificata ed integrata dalla dir. 97/55)¹⁴², alla dir. 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, alla dir. 87/102 in materia di credito al consumo, alla dir. 89/552 sull'esercizio delle attività televisive (modificata dalla dir. 97/36), alla dir. 90/314 concernente i viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso, alla dir. 92/28 concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano, dalla dir. del 93/13 sulle clausole abusive nei contratti coi consumatori, alla dir. 94/47 sulla multiproprietà, dalla dir. 97/7 sui contratti negoziati a distanza.

In tal modo, le direttive in questione hanno inteso rafforzare la posizione del consumatore anche attraverso l'azione di associazioni ed enti.

La possibilità di dare vita a forme specifiche di tutela si è presentata, invece, con il trattato di Amsterdam che, come detto, ha conferito alla

¹⁴² Sempre in tema di pubblicità ingannevole e comparativa si ricorda che la dir. 2006/114 si preoccupa di tutelare unicamente i professionisti che possano essere lesi da comportamenti scorretti dei concorrenti.

Comunità competenze specifiche in materia di cooperazione giudiziaria. Dopo Amsterdam, infatti, è possibile formulare regole processuali in via autonoma, indipendentemente dall'adozione di normative materiali¹⁴³. La differenza rispetto a quanto avveniva in precedenza si evidenzia proprio nella diversa base giuridica utilizzata per l'adozione di questi atti che non è più l'art. 94 o l'art. 95 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri aventi una incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato, ma, appunto, l'art. 65 o l'art. 67 TCE che si trovano all'interno del tit. IV. In questo quadro si inseriscono le iniziative volte ad approntare rimedi alternativi a quelli giurisdizionali classici che non si esauriscano nella semplice riproposizione delle procedure già previste, come è avvenuto nel caso della direttiva 98/27 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori. Questa direttiva va ad integrare quanto già

¹⁴³ La stessa situazione ha riguardato anche aspetti legati al diritto internazionale privato per tutto quanto concerne, cioè, la definizione della portata delle normative comunitarie e il problema della scelta del diritto applicabile nei casi non direttamente regolati. Anche con riferimento a questi aspetti la Comunità non aveva, prima del trattato di Amsterdam e delle modifiche al tit. IV del trattato, una competenza specifica. Poteva dare le indicazioni sopra citate unicamente all'interno della disciplina materiale che andava a formulare. Dopo Amsterdam, invece, la Comunità ha una competenza che può esercitare anche "autonomamente". Su questi problemi v. E. Pagano, *La materia civile con implicazioni transfrontaliere e le competenze comunitarie di diritto internazionale privato*, in DUE, 2008, p. 127 ss.

previsto da specificate direttive riportate in allegato e, per questo, ha ancorato la sua base giuridica nell'art. 100 A (ora art. 95) TCE.

Troviamo, infatti, la dir. 2008/52 relativa a *determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, che si propone di favorire il ricorso a questo strumento per la risoluzione delle controversie e che è stata adottata, per l'appunto, sulla base dell'art. 67, par. 5 TCE¹⁴⁴.

Nel Libro verde del 2001 sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, la Commissione aveva sostenuto la necessità di promuovere un sistema di regolamentazione che garantisse il livello di tutela più elevato possibile ad un costo minimo per le imprese. Proseguendo sulla stessa strada, nel libro Verde del 2005 sulle azioni di risarcimento per violazione delle norme *antitrust* COM (2005) 672 del 19 dicembre 2005 essa ha considerato la possibilità di prevedere forme di azioni collettive che rappresentino la somma di tante azioni individuali proponibili anche singolarmente.

Dal canto suo, il Consiglio, nella Risoluzione del 31 maggio 2007 sulla Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013 (2007/C 162/01) ha invitato la Commissione ad analizzare attentamente i meccanismi di ricorso collettivo e a presentare i risultati degli studi pertinenti in corso, in vista di qualsiasi eventuale proposta o azione (punto 10).

In questo modo, senza nulla togliere alle azioni già esercitabili dai soggetti privati che si ritengono lesi nei diritti riconosciuti loro dal diritto

¹⁴⁴ Sulle sue finalità e sulla sua portata v. G. Rossolillo, *op. cit.*, p. 356 ss.

comunitario, la Comunità ha spinto per l'introduzione di forme di tutela alternative¹⁴⁵ e di forme di tutela "pubbliche", ovvero di azioni esercitabili da parte di associazioni ed enti rappresentanti di interessi dei consumatori (c.d. azioni inibitorie).

Da questo punto di vista anche la Corte non è stata da meno e in alcune pronunce relative alla politica di concorrenza, si è mossa sul doppio binario di un controllo "pubblico" da parte della Commissione e delle autorità nazionali, e della diretta invocabilità delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza da parte dei soggetti lesi da comportamenti antitrust. Con la sentenza *Courage* del 2001 la Corte ha operato un'estensione del controllo "privato" prevedendo oltre alla possibilità di chiedere la cessazione del comportamento anticoncorrenziale anche quella di agire per il risarcimento del danno.

Successivamente il reg. 1/2003, relativo all'applicazione delle regole di concorrenza, oltre ad operare il decentramento del controllo pubblico e a rafforzare il ruolo di controllo delle autorità antitrust nazionali, ha valorizzato le forme di controllo da parte di singoli rimarcando, nel considerando n. 7, la funzione essenziale che i giudici nazionali assumono nell' accordare il risarcimento alle parti danneggiate dalle infrazioni alle regole antitrust.

¹⁴⁵ Sui mezzi alternativi, v. G. Rossolillo, *op. cit.*, p. 349 ss.

Il dibattito è stato successivamente animato dalla sentenza *Manfredi* (2006), in cui la Corte ha riconosciuto espressamente ai consumatori la possibilità di chiedere il risarcimento del danno per violazione delle norme di concorrenza ed è sfociato, da ultimo, nel Libro bianco dell'aprile 2008 in cui la Commissione, ferma restando la possibilità per i soggetti pregiudicati da comportamenti antitrust di agire individualmente, insiste sulla "chiara necessità" di individuare forme di aggregazione processuale, ipotizzando in particolare due meccanismi "complementari" di azione collettiva:

- a) le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, tra cui, oltre alle associazioni di consumatori, anche organismi statali o associazioni commerciali;
- b) le azioni collettive in cui le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le richieste individuali di risarcimento¹⁴⁶.

La formalizzazione di questa proposta in un atto vincolante non è ancora avvenuta stando anche a recentissime prese di posizione e di commento al Libro bianco da parte della Confindustria italiana, risalenti appena a

¹⁴⁶ Ciò differenzia il modello di azione collettiva prefigurato dalla Commissione dal modello tipico di class action americana in cui i soggetti della medesima classe, che vogliano esperire una loro propria azione individuale, devono chiedere espressamente di non avvantaggiarsi dell'azione collettiva degli altri membri della classe (c.d. *opt-out right*). Se, invece, decidono di avvantaggiarsi dell'azione collettiva, è sufficiente che rimangano inerti. Cfr. G. Buffone, *Class action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori* (art. 2, comma 445, Legge finanziaria 2008), www.altalex.com/index.php?idnot=1581

luglio del 2008, nelle quali si riconosce, tra l'altro, alla Commissione di aver seguito nel suo Libro Bianco un approccio equilibrato.

Per il momento, oltre a quanto consentito dagli ordinamenti interni, il diritto comunitario ha favorito il ricorso a strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria e azioni inibitorie "pubbliche" ad istanza, cioè, di enti e di associazioni operanti a difesa di interessi collettivi (da intendersi, come precisa il considerando n. 2 della direttiva 98/27 negli "interessi che non ricomprendono la somma degli interessi di individui lesi da una violazione") piuttosto che azioni collettive (cd *class action*).

3. Le misure inibitorie

Per quanto riguarda, in particolare, le misure inibitorie a tutela di interessi collettivi dei consumatori, già ammesse da una serie di direttive dettagliatamente indicate, la dir. 98/27¹⁴⁷ si è preoccupata di ovviare alle difficoltà emerse nelle ipotesi in cui gli effetti delle pratiche vietate si producono in uno Stato diverso da quello in cui hanno origine (quando la situazione, cioè, presenta un carattere transnazionale). La frammentarietà della disciplina e la libertà lasciata agli Stati nell'individuazione delle organizzazioni legittimate ad agire e dei ricorsi (giudiziari/amministrativi) aveva inciso, infatti, negativamente sull'efficacia delle azioni inibitorie nel

¹⁴⁷ F. Toriello, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Il diritto privato dell'UE*, a cura di Tizzano, cit. t. II, p. 1827 ss

caso di dimensione transfrontaliera della questione. Nell'ottica di promuovere un *cross-border enforcement*, la direttiva in questione ha mirato, così, al "mutuo riconoscimento" degli enti qualificati in diritto interno a rappresentare gli interessi dei consumatori per la tutela di interessi collettivi. Secondo l'art. 4 della direttiva, infatti, ciascuno Stato membro deve prendere le misure necessarie a garantire che, in caso di violazione avente origine nel proprio territorio, ogni ente legittimato di un altro Stato membro possa agire davanti ai suoi organi competenti a deliberare per la tutela degli interessi lesi. Ciò consentirebbe alle "organizzazioni aventi lo scopo di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori, secondo i criteri stabiliti dal loro diritto nazionale" di proporre azioni per ottenere provvedimenti inibitori.

Per quanto riguarda i rimedi alternativi alla giurisdizione (ADR), la dir. 2008/52 *relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale* esprime gli ultimi orientamenti delle istituzioni comunitarie.

Un primo punto da evidenziare è che essa non limita la sua portata ai contratti con i consumatori ma si riferisce alla materia civile e commerciale (incluso il diritto di famiglia) con esclusione dei soli aspetti che, in base alla legge applicabile, sono sottratti alla disponibilità delle parti (cosa che, peraltro, ricorre spesso in materia di diritto di famiglia e di diritto del lavoro) (v. considerando n. 10). Essa si inquadra nella scia degli interventi finalizzati alla tutela della parte debole del contratto ai quali il presente lavoro è, in definitiva, dedicato e si propone l'obiettivo della

semplificazione delle forme, la riduzione dei costi, la flessibilità delle procedure che, a prescindere dalla varietà delle articolazioni, caratterizzano i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, cui aggiunge anche il fatto di non poter privare le parti dall'utilizzare i rimedi giudiziari ordinari e di non diminuire il livello di protezione assicurato al consumatore dalle disposizioni dello Stato sul cui territorio l'organo è stabilito e dalle disposizioni imperative della legge dello Stato membro in cui il consumatore risiede abitualmente (art. 5 della conv. Roma 1980 e art. 6 reg. 593/2008, c.d. Roma I)¹⁴⁸.

4. I rimedi alternativi alla giurisdizione.

Avendo riguardo essenzialmente a forme alternative di tutela e, poi, al ruolo di enti pubblici e di associazioni di rappresentanza dei consumatori, in quanto portatori di interessi collettivi, gli interventi sulla tutela dei consumatori predisposti o favoriti dal diritto comunitario, ai quali si è fatto fin qui riferimento, non hanno inciso sulla disciplina codicistica del contratto. Allo stato non può escludersi che ciò possa avvenire attraverso

¹⁴⁸ E' importante notare che essa riguarda espressamente le controversie transfrontaliere, anche se non è escluso che gli Stati possano estenderla anche alle controversie interne (considerando n. 8). Questa limitata portata, si giustifica per la base giuridica utilizzata per la sua adozione (art. 61, lett. c e art. 65 TCE che espressamente si riferiscono alla materia civile con implicazioni transfrontaliere).

la previsione da parte del diritto comunitario di una azione collettiva che contempli la figura dei cd *punitive damages*. Non si tratta di una ipotesi lontana dalla realtà dal momento che, nel citato Libro Verde del 2005, la Commissione la contemplava tra le opzioni possibili¹⁴⁹. Non v'è dubbio che se ciò dovesse accadere ci troveremmo a registrare una sensibile alterazione delle attuali connotazioni del rapporto contrattuale.

Si pensi che l'ordinamento italiano era arrivato ad un passo dall'accogliere il rimedio dei *punitive damages* proprio sulla spinta (ma non per imposizione!) del diritto comunitario e la sola idea che ciò accadesse ha suscitato sconcerto ed allarme presso gli studiosi.

Come si sa, i *punitive damages*, noti all'esperienza nord americana, sono stabiliti dal giudice a carico dei responsabili di violazioni dei diritti dei consumatori. Essi incidono nelle cause di risarcimento dei danni in maniera rilevante sull'equilibrio finanziario delle imprese da provocarne, talora, anche il dissesto. Vanno ad aggiungersi al tradizionale risarcimento dei danni a carico dei responsabili e consistono nel pagamento di una

¹⁴⁹ Nell'affrontare il problema dell'effettiva portata della domanda risarcitoria e della definizione del danno risarcibile, il Libro Verde considera che in Europa le esperienze concrete al riguardo sono frammentarie, essendo soprattutto frequente il ricorso alle sole misure inibitorie. Esso considera tre opzioni possibili: in primo luogo, il danno risarcibile potrebbe essere definito in funzione del pregiudizio economico subito dall'attore; in secondo luogo, potrebbe essere calcolato in relazione agli incrementi di profitto realizzati attraverso l'infrazione; infine, potrebbe privilegiarsi la funzione punitiva/deterrente dell'azione risarcitoria rispetto alla sua tipica funzione compensativa, prevedendo danni multipli rispetto al pregiudizio effettivamente subito dall'attore.

forte somma di danaro a favore dei danneggiati a titolo di punizione ed hanno, quindi, un effetto deterrente¹⁵⁰. La figura del danno punitivo, negli Stati Uniti d'America, è generalmente collegata a chi si è reso responsabile, con una condotta singola, di pregiudizio ad una pluralità di soggetti, ed è connotata dalla sussistenza di un limite per la condanna al risarcimento inflitta¹⁵¹.

L'introduzione in Italia della c.d. *class action*, operata dalla legge finanziaria 2008 al fine di facilitare la proposizione di azioni giudiziarie da parte di un gruppo o un insieme di soggetti danneggiati¹⁵², non è stata accompagnata dalla previsione dei *punitive damages*. Questo dato è stato valutato in maniera molto positiva¹⁵³ in quanto se ciò fosse accaduto si sarebbe prodotto uno stravolgimento dei principi del nostro ordinamento

¹⁵⁰ Supreme Court USA, 26/06/1988 in Foro It., 1990, IV, 174, nota di Romano.

¹⁵¹ Cfr. Federal Court for the District of New Jersey, 09/03/1989 in Foro It., 1990, IV, 78, nota di Romano; Supreme Court USA, 04/03/1991 in Foro It., 1991, IV, 235, nota di Ponzanelli; Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 07/04/2003 in Foro It., 2003, 4, 355, nota di Colangelo.

¹⁵² Alla disciplina così introdotta non sono mancate critiche anche dure. Come riferito da G. Buffone, *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in www.altalex.com/index.php?idnot=1581, all'indomani dell'approvazione, in prima lettura, della class action, Guido Alpa ha definito il regime di nuovo conio come un "mostro giuridico da riscrivere integralmente" (rassegna stampa, 17.11.2007 il Sole 24 ore). "La normativa per la tutela degli interessi collettivi approvata ieri sera al Senato – in un contesto improprio quale è la Finanziaria – è un mostro giuridico che, se lo si vuole mantenere in vita, deve essere completamente riscritto, pena lo scardinamento del sistema processuale vigente e l'accelerazione della crisi della macchina della giustizia".

¹⁵³ G. Buffone, *ouc*.

e dell'impalcatura del nostro diritto civile (costituzionalizzato). In tema di responsabilità civile, il nostro ordinamento mira a restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro, che tende a eliminare le conseguenze del danno subito, mentre *rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile*; è indifferente, inoltre, la valutazione a tal fine della sua condotta. Rimane, quindi, incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata *in re ipsa*¹⁵⁴, tant'è che la sentenza statunitense che ha condannato un soggetto italiano al pagamento di somme per danni «punitivi» senza alcun riferimento al danno concretamente patito dal soggetto leso non è risultata riconoscibile nell'ordinamento italiano per contrasto con principi di ordine pubblico: la sentenza *de qua*, infatti, produce effetti contrari all'ordine pubblico e non può essere delibata (art. 64, comma 1, lett. g), legge 218/95). La funzione sanzionatoria e punitiva propria del risarcimento dei *punitive damages* contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento interno che assegna alla responsabilità civile funzioni

¹⁵⁴ Così, da ultimo, Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corriere Giur.*, 2007, 4, 497, nota di Fava.

esclusivamente compensative che precludono al danneggiato di lucrare somme eccedenti il danno effettivamente subito.

Questa impostazione è coerente con i principi delle legislazioni dei paesi europei, specie con riferimento al diverso ruolo attribuito ai rimedi privatistici rispetto all'*enforcement* di tipo pubblicistico esercitato dalle autorità della concorrenza.

Per vero, è stato anche sostenuto che nel nostro diritto positivo sembrerebbe che vi sia già qualche spunto orientato verso la logica del danno punitivo. Questo caso ricorrerebbe quando l'ammontare del risarcimento non coincide perfettamente con l'effettivo danno subito dal soggetto leso, come ad esempio nell'ipotesi prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori. A carico del datore di lavoro che ha licenziato illegittimamente il lavoratore, c'è l'obbligo, di risarcire, in ogni caso e qualunque sia l'effettivo pregiudizio, il danno nella misura non inferiore a 5 mensilità di retribuzione. In questo caso, dunque, si verifica il distacco tra il danno effettivo e la somma che viene liquidata per ristorare lo stesso. Potrebbe essere il primo appiglio normativo per l'introduzione nel nostro ordinamento del danno punitivo. Alcuni ricordano anche come il codice civile avrebbe previsto almeno un caso di "danno punitivo" in seno all'art. 1382 (clausola penale).

A ciò si obietta, però, che la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria,

tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venisse a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, potrebbe essere equamente ridotta. Come affermato dalla corte di cassazione (sentenza 19 gennaio 2007, n. 1183) «.. deve escludersi che la clausola penale prevista dall'articolo 1382 del codice civile possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei *punitive damages* avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito».

5. Il caso delle astreintes. Le penalità previste dalla direttiva 98/27

La chiusura alla previsione di conseguenze punitive in termini di *punitive damages* per la violazione del rapporto contrattuale non impedisce di immaginare rimedi per tutte quelle situazioni in cui non è immediatamente individuabile il danneggiato di determinate violazioni di norme antitrust. Nel caso di aumenti dei prezzi, i danneggiati dalla violazione antitrust non sono soltanto coloro che hanno pagato di più, ma anche coloro che, come conseguenza dei prezzi elevati, hanno rinunciato all'acquisto. Immaginare in questi casi forme di azioni "pubbliche" espressione di interessi collettivi non è assurdo. Inoltre, la condanna al

pagamento di una somma di danaro a titolo di sanzione può presentarsi anche come un rimedio al ritardo di coloro che, condannati all'adempimento, non adempiono tempestivamente al comando giudiziale. Si tratta di esperienza maturata, questa volta, in Francia dove, prima la giurisprudenza e poi la legge, hanno previsto le *astreintes* (costrizioni). Queste sono stabilite dal giudice, che le impone al debitore condannato, e consistono nel pagamento di una somma di denaro per ogni unità di tempo di ritardo. Dunque, il responsabile, non solo è condannato all'adempimento ma, se ritarda, scattano ulteriori obbligazioni ed è tenuto al pagamento di somme di denaro. L'obiettivo di tale meccanismo è quello di dar luogo ad una sorta di coazione indiretta all'adempimento, nel senso che psicologicamente il debitore condannato, nella prospettiva di dover poi pagare ulteriori somme a seguito del ritardo, sarà indotto ad adempiere tempestivamente. L'ammontare dell'*astreintes* è indipendente dal risarcimento del danno effettivo.

La direttiva 98/27 ha previsto (art. 1, lett. c) la possibilità che, sempre che l'ordinamento dello Stato membro interessato lo permetta, ove il soccombente non adempia nel termine fissatogli dalla decisione adottata nei suoi confronti, lo stesso sia condannato a versare al tesoro pubblico o a altro beneficiario designato dalla legge un importo determinato per ciascun giorno di ritardo.

Nel recepire questa direttiva, il nostro ordinamento ha colto l'occasione per fare sua questa indicazione e l'ha stabilita nell'art. 140, n. 7 del codice

del consumo. Questa disposizione prevede che le somme così introitate siano assegnate ad un fondo da istituire per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. Va detto, tuttavia, che questo aspetto, pur interessante, non rileva sotto il profilo civilistico che ci riguarda.

Capitolo quarto

Le proposte a favore di un codice civile europeo

1. La codificazione del diritto civile europeo. Le opinioni favorevoli. -2. *Segue*. Le altre posizioni. -3. La posizione delle istituzioni comunitarie. -4. Il ruolo degli studiosi. -5. *Segue*. Valutazioni finali.

1. *La codificazione del diritto civile europeo*

Giunti a questo punto bisogna fare qualche riferimento alle iniziative avviate e alle proposte avanzate per quanto concerne la redazione e l'approvazione di un codice civile europeo o almeno di un codice dei contratti e considerare se e in quale misura tali iniziative si rapportano con quanto sin qui riferito.

Da tempo ormai la questione della redazione di un codice europeo è al centro di un dibattito che vede impegnata non solo la dottrina ma anche le istituzioni comunitarie.

Esiste un chiaro collegamento di questo movimento con quanto realizzato in ambito comunitario; le proposte di un codice europeo sono viste, infatti, proprio come il naturale epilogo del processo di unificazione normativa

avviato con le normative comunitarie. Pur con tutti i limiti che nessuno nega, il diritto comunitario ha rappresentato il contesto naturale, la sede più idonea in cui poteva attecchire e svilupparsi l'idea dell'unificazione o almeno dell'armonizzazione del diritto dei contratti (o di una parte di esso)¹⁵⁵.

Come si è visto, gli interventi del diritto comunitario in questo campo non sono stati pochi anche se si è trattato di interventi realizzati dalle istituzioni in maniera non ordinata e senza un disegno univoco. Come è stato affermato, la loro progettazione, discussione, redazione ed approvazione è avvenuta in maniera "erratica"¹⁵⁶. Essi sono nati con ambiguità terminologiche e con ambiguità concettuali dovute al fatto che sono stati redatti inizialmente in lingua francese e in lingua inglese e sono successivamente tradotti nelle altre lingue.

La normativa comunitaria si è occupata, inoltre, principalmente delle questioni di rilevanza transnazionale nella prospettiva della circolazione all'interno del mercato (anche se, per non pregiudicare gli obiettivi del mercato unico, la loro portata ha finito per riferirsi, poi, anche alle transazioni totalmente interne).

¹⁵⁵ L'altra sede è rappresentata, naturalmente, dal diritto internazionale convenzionale che però si differenzia dal diritto comunitario, non ha le sue caratteristiche e non è, solitamente, sostenuto da un apparato giudiziario e da garanzie paragonabili a quelle offerte dal diritto comunitario.

¹⁵⁶ G. Alpa, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., p. 721.

L'armonizzazione raggiunta è appena sotto la superficie¹⁵⁷ e la dottrina ne ha ampiamente messo in risalto le incongruenze e le distorsioni¹⁵⁸. Dei problemi legati alle difficoltà di coordinamento tra le varie previsioni e degli effetti distorsivi sono consapevoli le stesse istituzioni. Tutto questo, però, non sminuisce l'importanza del lavoro svolto ma spinge, semmai, a considerare prospettive nuove e a tendere verso nuovi e più ambiziosi progetti: in pratica, alla realizzazione di un quadro complessivo più ampio, dotato della necessaria relatività ed elasticità, nella forma di codici modello se non addirittura di un vero e proprio codice civile¹⁵⁹. Si è ipotizzato, così, di dare vita ad un modello normativo nuovo, composto da un *corpus* di regole, in cui si riconoscono le diverse esperienze dei Paesi appartenenti all'Unione, che, insieme al diritto pubblico europeo

¹⁵⁷ G. Alpa, *L'armonizzazione del diritto contrattuale*, cit., p. 170.

¹⁵⁸ Per tutti v. l'elencazione fatta da G. Alpa e G. Conte, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in Riv. dir. civ., 2008, I, p. 152 s.

¹⁵⁹ Il tema della "codificazione" è al centro del dibattito sulla edificazione del diritto privato europeo. La letteratura che si occupa di queste problematiche è vastissima. Mi limito perciò a fare solo alcune citazioni: ad es. O. Lando, *The Principles of European Contract Law*, cit., p. 391 ss; S. Grundmann, *art. cit.*, p. 365; S. Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione per il millennio*, a cura di Cappellini e Sordi, nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, a cura di Grossi, n. 61; B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Code civil européen?*, in Rev. trim. dr. civ., 2002, p. 463; D. Bush, E. Hondius, H.J. Van Kooten, H. Schelhaas, W.M. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, London, Boston, NY, 2002; M. P. Sánchez González, *Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo*, in Rev. derecho privado, 2003, 709 ss; G. Alpa, *L'armonizzazione*, cit., p. 170.

raffigurato dai principi costituzionali comuni, dai principi dei Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali, rappresenti il nuovo diritto europeo.

Del resto, si è parlato da tempo di un *ius commune* costruito “intorno a valori condivisi e metodi giuridici generalmente riconosciuti, come pure di principi comuni e massime guida, ...formato da giudici, legislatori e docenti che agiscono in cooperazione gli uni con gli altri”¹⁶⁰ e non se n’è parlato certo come di un ritorno al passato all’insegna di una continuità, peraltro del tutto fallace, tra diritto romano e diritto contemporaneo. Lo si è fatto, invece, considerandolo come un diritto vivente cui, per il momento, ma, si spera, ancora per poco, fa difetto solo il consolidamento dei frammenti che ne compongono la base e l’estro modellatore del giurista proiettato nel futuro.

Ma si è parlato anche di dare vita ad un codice civile o almeno ad un codice europeo dei contratti. Un codice, infatti, meglio di altre fonti più duttili, quali la giurisprudenza e la dottrina, ha il carattere dell’univocità, dell’esaustività e della completezza. Inoltre è la fonte normativa indicata dallo stesso trattato comunitario per conseguire i fini dell’armonizzazione

¹⁶⁰ R. Zimmermann, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in Riv.dir.civ., 2001, I, p. 707 s. A sua volta, G. Alpa, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, cit, p. 715, mette in guardia su questi riferimenti comuni che risultano spesso ingannevoli in quanto a vocaboli comuni ai vari ordinamenti (contratto, contrat, contract, contrato) non corrisponde il medesimo concetto. Egli mette in evidenza come “la disciplina del contratto nel *common law* sia più vicina alla disciplina romanistica di quanto non accada per la disciplina continentale, forgiata sulle regole razionali enunciate da Domat e Pothier e riversate nel *Code Napoleon*” (p. 715).

e dell'unificazione delle discipline.

Questa prospettiva, che impone di dare risposte chiare ad alcuni interrogativi di base¹⁶¹, ha sollevato anche dubbi e perplessità. Avendo consapevolezza delle difficoltà che si frappongono alla realizzazione di un codice unico e valido per tutti che riesca ad ottenere il consenso e l'adesione unanime superando diversità, orientamenti e tradizioni storiche secolari, alcuni si sono detti favorevoli piuttosto a promuovere l'elaborazione di principi comuni in vista di una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali cosa che si potrebbe fare tentando di riconsiderare l'*acquis* per migliorarlo e completarlo. Si tratta, in pratica, delle opzioni alternative al codice prospettate dalla Commissione nella Comunicazione del 2001¹⁶².

A favore della codificazione si è determinato un vasto movimento, al quale non sono rimaste estranee le stesse istituzioni comunitarie¹⁶³, che ha spinto per andare oltre la parziale armonizzazione del diritto privato europeo realizzata fin ora dalla Comunità. Il punto comune a queste posizioni è che l'interpretazione uniforme dei principi costituzionali

¹⁶¹ V.li riassunti in G. Alpa, *Nuove frontiere*, cit. p. 742 ss

¹⁶² Su di esse v. ancora recentemente G. Gandolfi, , *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in Riv. dir. civ., 2008, I, p. 221 ss.; G. Alpa e G. Conte, *art. cit.*, p. 151.

¹⁶³ V, per tutti A. Colombi Ciacchi, *La costituzione europea come fonte e motore del diritto privato europeo: alcune osservazioni*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, Materiali del Seminario dell' 8-9 novembre 2002 raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004, p. 121; G. Gandolfi, *o.u.c.*; G. Alpa, *Riflessioni sul Progetto di Common Frame of Reference*, cit., p. 141 ss.

comuni applicabili in materia privatistica spinge, in maniera irreversibile, ad una codificazione quanto mai opportuna e necessaria per le esigenze del mercato unico, per una semplificazione, razionalizzazione e modernizzazione di un diritto privato accessibile ai cittadini¹⁶⁴, per una riduzione dei costi che favorisca lo sviluppo dei rapporti commerciali rimuovendo la c.d. barriera psicologica della diversità. Tutto questo è stato sostenuto senza ignorare gli inconvenienti di tipo politico, culturale, dovuti alle diverse mentalità, alle tradizioni e alla lingua ma ritenendo assortamente preminenti i bisogni reali di una codificazione, tra cui ha un posto preminente quello della certezza giuridica.

Le tesi a favore di una codificazione tagliano corto sulle difficoltà politiche che pure ci sono. A loro giudizio, se c'è una sufficiente convinzione occorre procedere anche soltanto con un numero ridotto di Stati. L'importante è che si crei un modello nuovo, forte, adatto ai tempi, concorrenziale nella circolazione dei modelli giuridici, che dia prova che l'Unione europea è davvero unita.

2. Segue. *Le altre posizioni*

¹⁶⁴ Sull'esigenza di continuare ad abbattere le anacronistiche barriere nazionali e per superare l'attuale forma di armonizzazione del tutto frammentata v. O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria*, cit., p. 393.

Di contro è stato obiettato che i benefici economici che il processo di unificazione del diritto contrattuale dovrebbe comportare non sono scontati; che essi sono affermati senza nessuna verifica, così come non sono noti i costi amministrativi derivanti dal cambiamento del sistema legale. Le diversità linguistiche si riverberano sui concetti giuridici che sono difficili da rendere secondo una terminologia comune¹⁶⁵. Le differenze tra i sistemi di *civil law* e di *common law* sono ancora notevoli e non possono essere sottovalutate. Per questo sarebbe auspicabile che, in luogo dell'unificazione, si lasciasse spazio ad un processo spontaneo di armonizzazione, secondo il modello statunitense, e che si realizzasse solo in aree circoscritte un livello minimo di intervento¹⁶⁶. Su posizioni diverse

¹⁶⁵ Come afferma Vacuer, riportato da M.P. Sánchez González, *art. cit.*, p. 722, sub nota 41, "El jus comune europeo se vehiculaba a través de una lengua de cultura común, como era el latín, lo cual dista de ser posible hoy en día pese al intenso uso del inglés como lengua de comunicación".

¹⁶⁶ R. Van den Bergh, *Against a European Code Replacing National Law*, in *An Academic Green Paper on European Contract Law*, (a cura di Grundmann e Stuyck), The Hague, 2002, p. 249; B. Fauvarque-Cosson, *art. cit.*, p. 463 ss. che contesta l'esistenza stessa di una base giuridica comunitaria per poter procedere ad una codificazione del diritto civile (p. 466) e mette in discussione tutte le argomentazioni di carattere storico, politico ed economico solitamente utilizzate per giustificare questa operazione. Di contro, egli condivide il metodo dei piccoli passi seguito dal legislatore comunitario (p. 475). Sulla stessa lunghezza d'onda M. P. Sánchez González, *art. cit.*, p. 729 ss. che considera fattibile un percorso a tappe, sulla scia dei lavori elaborati dal gruppo di Trento diretto da Bussani e Mattei nei quali non v'è alcuna pretesa di introdurre norme ma, piuttosto, di formulare proposte assimilabili ad un *restatemente*; la seconda tappa dovrebbe essere rappresentata dalla formulazione di un diritto comune non vincolante che favorisca la formazione di un ambiente giuridico uniforme grazie

si pongono, poi, altre opinioni contrarie alla codificazione che distinguono tra diritto comunitario e diritto comune europeo¹⁶⁷.

Su una posizione intermedia tra i fautori della codificazione e gli scettici, possono essere posti quanti, pur consapevoli delle difficoltà che comporta la realizzazione di un codice europeo, tengono tuttavia conto dell'incidenza svolta nelle società moderne da alcune problematiche unificanti, quali quella dei diritti umani, della tutela dell'ambiente e della protezione dei beni culturali, intorno alle quali ugualmente vi sono sensibilità diverse e diversi modi di porsi, e, poi, dall'esistenza di forti diversità culturali. Costoro sono convinti che il superamento delle diversità richiede tempo e buona volontà e sono preoccupati che un processo di unificazione della legge contrattuale troppo repentino possa finire per destrutturare i sistemi giuridici nazionali senza alcuna garanzia di efficienza e di funzionalità.

Senza chiudere definitivamente alla prospettiva di un codice, costoro esprimono preoccupazioni e chiedono un approccio prudente¹⁶⁸.

In questa prospettiva è stato suggerito di seguire un percorso *soft*,

all'autorevolezza scientifica dei suoi compilatori. Solo alla fine di un lungo percorso, come terza tappa, egli intravede la possibilità di adottare un testo giuridico europeo.

¹⁶⁷ Su ciò vedi A. Somma, *Diritto comunitario vs diritto comune europeo*, cit. p. 45 ss.

¹⁶⁸ Su questa posizione v. P. Pollice, *Unificazione e armonizzazione del diritto dei contratti in Europa*, cit., Così pure B. Fauvarque-Cosson, *art. cit.*, p. 475 ss.

cadenzato, graduale con una serie di passaggi, dando alla codificazione un carattere opzionale, non solo nel senso che i privati dovrebbero essere liberi di sceglierla come disciplina sostitutiva delle norme derogabili applicabili in base ai principi di diritto internazionale privato¹⁶⁹, ma soprattutto nel senso che ogni singolo Stato dovrebbe essere libero di scegliere se sostituire o no il proprio diritto privato con il nuovo codice unitario¹⁷⁰. Solo alla fine del percorso, quando si sarà formata intorno alla applicazione di questo codice una familiarità sufficiente, si potrebbe attribuire a detto codice un carattere giuridicamente vincolante¹⁷¹.

Si è posto anche il problema intorno a chi debba procedere alla redazione dell'auspicato codice e, in particolare, se vi devono provvedere le istituzioni oppure gli Stati con gli strumenti tradizionali del diritto internazionale, oppure, infine, se sia più opportuno lasciare spazio alla

¹⁶⁹ In questo senso i *Principles of European Contract Law* della commissione Lando sono già un Codice opzionale! Si noti che il considerando n. 13 del reg.593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I) non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale. Ora, un diritto non statale oltre che nella *lex mercatoria*, ovvero negli usi praticati nel commercio internazionale dagli operatori del settore, può essere visto, allo stato, anche in questi *Principles* o nei Progetti di codici elaborati da studiosi e da esperti.

¹⁷⁰ Critico sulla idoneità di una soluzione "opzionale" lasciata alla disposizione delle parti, cioè liberamente adottabile o rifiutabile, si pronuncia G. Gandolfi, *art. cit.*, p. 233 che si dichiara, invece, favorevole a consentire agli Stati la possibilità di conformarvisi oppure no, in un sorta di Europa a due velocità (p. 234).

¹⁷¹ Sul procedimento per tappe v. anche, M. P. Sánchez González, *art. cit.*, p. 726 ss.

prassi con l'ausilio di esperti¹⁷².

Si è discusso anche dell'ampiezza di questo codice ¹⁷³ e, in particolare, se debba includere anche la materia del diritto di famiglia ritenendosi che una sua esclusione rappresenterebbe un passo indietro dal punto di vista storico, considerato che solo i codici più antichi non contenevano un libro dedicato al diritto di famiglia mentre i codici più recenti lo hanno inserito perché si è ritenuto che anche tale ramo del diritto debba essere disciplinato in maniera unitaria e sistematica in ogni paese moderno.

3. La posizione delle istituzioni comunitarie

Presso le istituzioni comunitarie si è fatta largo da tempo l'idea di puntare all'elaborazione di un codice civile europeo. Così il Parlamento europeo¹⁷⁴ il cui appello è stato inizialmente raccolto solo dagli ambienti

¹⁷² G. Gandolfi, sotto la cui direzione l'Accademia dei giusprivatisti europei ha redatto un progetto di codice, si è sempre pronunciato a favore dell'utilizzazione dello strumento del regolamento (*art. cit.*, p. 222).

¹⁷³ S. Patti, *Diversità, armonizzazione, unificazione e codificazione: le tappe di un difficile percorso*, in *Diritto privato europeo fonti ed effetti*, cit., p. 59.

¹⁷⁴ La Risoluzione del Parlamento europeo del 1989 (GUCE C 158/401) ed è stata reiterata nel 1994, GUCE C 205/518. Nel Preambolo era detto che l'unificazione deve coinvolgere quelle branche del diritto privato che sono più importanti per il mercato, come ad esempio il diritto dei contratti. Al riguardo, v. J. D. González Campos, *Diritto privato uniforme* cit., p. 35 ss.

accademici¹⁷⁵, nei quali si è avviato un interessante dibattito tecnico e sono state assunte iniziative scientifiche dirette a creare o individuare l'eventuale esistenza di regole già comuni fra i diversi Stati membri.

Il Parlamento con una Risoluzione del 2001 sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri, aveva indicato la data del 2010 come termine a partire dal quale, superata omai la fase preparatoria di studio e di approfondimento, si dovesse affrontare concretamente il tema dell'unificazione del diritto contrattuale europeo.

Per quanto riguarda la Commissione, essa ha adottato nel 2001 una Comunicazione (n. 389/2001) con cui in pratica ha imposto una svolta al dibattito. In tale comunicazione, infatti, essa individuava le diverse opzioni di un intervento dell'Unione sul diritto privato e chiedeva agli attori istituzionali, giuridici e sociali di prendere posizione. Le opzioni sono:

- (a) la rinuncia ad ogni proposito interventistico in favore delle capacità autoregolatrici del mercato;
- (b) la formazione di un "quadro comune di riferimento" (common frame of reference -CFR-), che raccogliesse i principi comuni in materia contrattuale;

¹⁷⁵ Fra le diverse iniziative, si ricorda anche quella del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento che ha dato vita al "Il Nucleo Comune del Diritto Privato Europeo/The Common Core of European Private Law", diretto da Ugo Mattei (Università di Torino ed Hastings College of Law) e Mauro Bussani (Università di Trieste).

(c) un semplice miglioramento della qualità tecnica della legislazione comunitaria;

(d) un “testo complessivo comprendente disposizioni relative ad aspetti generali di diritto contrattuale ed a contratti specifici”, ossia un Codice civile europeo, quanto meno dei contratti.

Il merito della Comunicazione è stato di aver rilanciato il dibattito sui problemi del diritto privato europeo su di un terreno preliminare e, in realtà, prioritario: la stessa prospettazione di molteplici opzioni, talune delle quali addirittura radicali, dimostra che la questione cruciale non concerne tanto l’obiettivo dell’armonizzazione del diritto privato europeo ma innanzitutto la forma di un tale processo e che tale forma racchiude innanzitutto un generale valore politico¹⁷⁶.

Con la comunicazione n. 63/2003, nota come *Action Plan*, la Commissione ha definito un vero e proprio programma tecnico e finanziario per la creazione di norme comuni europee nell’area del contratto in una prospettiva strumentale al funzionamento del mercato. A tale comunicazione ha fatto seguito, nel luglio del 2007, la pubblicazione della *Seconda relazione sulla stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento* (COMM (2007) 447 definitivo) che è sostanzialmente il frutto

¹⁷⁶ P. Barcellona, *Sui progetti di codice civile europeo: la buona fede tra giustizia sociale e globalizzazione* (nota per il Gruppo di lavoro “Diritto privato europeo” – versione del 30 giugno 2005).

del lavoro del gruppo di studio del prof. Christian von Bar incaricato, a suo tempo, dalla stessa Commissione.

A sua volta il Consiglio europeo nel Programma dell'Aja del 2005 avente ad oggetto *Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea* (GUUE C 53) è stato piuttosto prudente. Nella parte dedicata alla cooperazione giudiziaria in materia civile e, più in particolare, in materia di diritto contrattuale (3.4.4) ha affermato che la qualità della vigente e futura normativa dell'UE dovrebbe essere migliorata con misure di consolidamento, codificazione e razionalizzazione degli strumenti giuridici in vigore e con la definizione di un quadro comune di riferimento. Poi ha aggiunto che "occorrerebbe creare un contesto per vagliare la possibilità di elaborare condizioni e clausole standardizzate del diritto contrattuale a livello dell'UE, ad uso delle società ed associazioni commerciali dell'Unione".

Per vero, se si eccettua il Parlamento che è stato sempre favorevole all'idea di un codice comune di diritto europeo anche se non meglio precisato nei suoi effettivi contenuti, da parte delle altre istituzioni non sono emersi sempre orientamenti chiari e lineari¹⁷⁷.

Un atteggiamento di prudenza è stato ora assunto dalla Commissione e si ha l'impressione che si stia attraversando una fase di ripensamento,

¹⁷⁷ Ai problemi legati all'ambiguità terminologica adoperata nelle varie Risoluzioni, Comunicazioni, sollecitazioni ecc. fanno cenno G. Alpa e G. Conte, *Riflessioni*, cit., p. 150 ss.

rispetto all'idea del codice. Nel 2007, infatti, essa ha optato decisamente verso una soluzione diversa da questo e puntato alla revisione dell'*acquis*¹⁷⁸. La motivazione di tale scelta sta nella necessità di consolidare i risultati raggiunti e al fine di evitare l'abbassamento del livello di protezione dei consumatori che si va delineando in alcune legislazioni interne¹⁷⁹. E tutti i favori sembrano ormai essere per la formazione di un Quadro comune di riferimento (Common Frame of Reference, CFR), che era l'opzione n. 2 della Comunicazione del 2001.

4. *Il ruolo degli studiosi*

Aderendo all'invito inizialmente formulato dal Parlamento si è formato un piccolo esercito di studiosi impegnati alla redazione di un codice civile

¹⁷⁸ Libro Verde Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori COM (2006)744 def.

¹⁷⁹ Critico al riguardo, da ultimo, G. Gandolfi, *art. cit.*; S. Rodotà, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in Riv. critica dir. priv., 2005, commentava negativamente l'annuncio della Commissione, fatto già nell'Action Plan del 2003, di voler predisporre un "*quadro comune di riferimento*", contenente principi, definizioni e regole di diritto contrattuale per agevolare la semplificazione dell'*acquis communautaire*, che, a suo avviso, rischiava di riproporre una logica pre-costituzionale, indifferente alla novità rappresentata dalla Carta dei diritti fondamentali alla dichiarata volontà di uscire dal passato unilateralismo di mercato che ne costituisce la più forte motivazione.

europeo¹⁸⁰. La cosa può essere valutata in senso positivo perché nei singoli gruppi lavorano specialisti della materia che sono in grado di dare contributi efficaci. Tuttavia, il grande numero di commissioni potrebbe condurre ad una sorta di disgregazione culturale che renderà più difficile il compito del legislatore europeo.

Si è assistito ad una sorta di sovrapposizione di progetti privati e di atti di fonti europea, cioè tra uno sforzo dottrinale ed una realtà legislativa.

Fin ora si è giunti alla redazione dei *Principi di diritto europeo dei contratti* da parte della Commissione del diritto europeo dei contratti, presieduta da Ole Lando¹⁸¹, al *Progetto di codice europeo dei contratti* predisposto dall'Accademia dei giusprivatisti europei presso l'Università di Pavia (Commissione Gandolfi)¹⁸².

La Commissione Lando ha cominciato nel 1982 ad elaborare dei Principi di diritto europeo dei contratti che erano racchiusi, come il *Restatement* americano, in un testo strutturato su articoli commentati ed erano illustrati con esempi pratici. Nel 1995 ha pubblicato la prima parte di questi

¹⁸⁰ Una commissione, con sede ad Utrecht, ha iniziato da tempo a confrontare le legislazioni nazionali per cercare di armonizzare il diritto di famiglia, formulando anzitutto una serie di principi.

¹⁸¹ La Commissione Lando sul diritto europeo dei contratti è un organismo non governativo costituito da giuristi degli Stati membri che procedono ai loro lavori in piena autonomia rispetto alle autorità governative.

¹⁸² Questo Codice (libro primo e secondo) è riportato nel sito dell'accademia dei giusprivatisti europei. Già qualche anno addietro sul progetto di codice aveva riferito G. Gandolfi, *Il progetto "pavese" di un codice civile europeo dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2001, I, p. 455 ss.

Principi con commenti e note¹⁸³. Essi si rifanno, come detto, ai *Restatements* del diritto americano e si prefiggono lo scopo di fissare i principi generali di un diritto europeo dei contratti in una forma simile ad una codificazione. Il loro testo si presenta sotto forma di “articoli” redatti conformemente a quanto concordato all’interno della Commissione. A ciascun articolo è collegato un commento (comprensivo di esempi pratici) e note di comparazione relative alla disciplina applicabile all’interno degli Stati membri senza escludere altre fonti quali le convenzioni internazionali¹⁸⁴.

Il Codice elaborato dal gruppo di giusprivatisti coordinati da Gandolfi si basa sostanzialmente sul codice civile italiano, riassumendo elementi di diritto francese e di diritto tedesco e sul Codice dei Contratti redatto per conto della Commissione inglese verso gli anni sessanta¹⁸⁵.

5. Segue. *Valutazioni conclusive*

¹⁸³ O. Lando e H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part 1: Performance, Non-performance and Remedies (Deventer 1995) on the Commission on European Contract Law.

¹⁸⁴ Così P. Pollice, cit.. Tra gli studi sul progetto di codice europeo proposto dalla commissione guidata da Ole Lando ed ora da Christian v. Bar, vedi *Principi di diritto europeo dei contratti*, parti I e II, a cura di Castronovo, Studia iuridica. Um código civil para Europa. Los principios del derecho europeo de contratos, a cura di (L.) Diez-Picazo, Roca Trias Morales, Madrid, 2002.

¹⁸⁵ Al riguardo v. P. Pollice, *Unificazione e armonizzazione*, cit.

Da notare anche che i progetti di codice si differenziano dai risultati conseguiti in ambito comunitario anche per ragioni sostanziali e di merito. Fin ora il diritto comunitario, infatti, si è preoccupato di disciplinare, pur con gli inevitabili limiti, quell'area del diritto dei contratti in cui si manifesta il fallimento del mercato¹⁸⁶, a causa di squilibri tra i contraenti o ad asimmetrie di informazioni¹⁸⁷, e si è disinteressato della parte relativa alla libertà del mercato; esso ha dato, così, vita ad un diritto di settore che, come si è visto, ha prodotto ricadute circoscritte, anche se importanti, nell'ordinamento italiano.

I progetti che sono stati elaborati dagli studiosi sono invece di più ampio respiro; si tratta (si pensi al Progetto *Gandolfi*) di testi articolati che talora offrono soluzioni di compromesso tra realtà e sensibilità giuridiche, anche assai diverse, ma che hanno il grande merito di spingere verso un superamento delle diversità. Temo, però, che il loro carattere, giustamente ambizioso!, non giochi a loro favore. L'esperienza induce alla prudenza soprattutto quando si dibatte intorno a progetti troppo spinti ed impegnativi anche sotto il profilo simbolico. Il successo dell'integrazione comunitaria sin qui raggiunto sta nella politica dei piccoli passi. Quando si è voluto prendere iniziative più decise, come nel caso della "costituzione" per l'Europa, il contraccolpo è stato forte ed il progetto è

¹⁸⁶ In questi termini v. S. Grundmann, *art. cit.*, p. 380 s.; G. D'Amico, *art. cit.*, p. 46.

¹⁸⁷ Su di esse v. da ultimo v. P. Gallo, *Asimmetrie informative*, cit., p. 641 ss.

purtroppo naufragato. In una materia così delicata, quale è quella della redazione di un codice civile è indispensabile agire con prudenza. Oltre tutto, a causa della (momentanea) crisi che sta attraversando il progetto di integrazione europea manca, allo stato, un adeguato quadro politico-istituzionale capace di sostenere ambiziosi obiettivi¹⁸⁸ che si spera possa essere offerto dal trattato di Lisbona del 2007, una volta che sarà entrato in vigore, come ci si augura.

Rispetto a questi progetti di ampia prospettiva, la revisione e la sistemazione dell'*acquis* appare un traguardo molto più modesto ma sicuramente molto più agevole da raggiungere, e ciò senza trascurare che una migliore armonizzazione delle normative può costituire essa stessa la premessa di una vera unificazione.

Una soluzione realisticamente possibile appare, quindi, quella perseguita da ultimo dalla Commissione che punta alla redazione di un CFR avente ad oggetto, per un verso, il riordino dell'*acquis* dei consumatori con riguardo alla vendita, alle informazioni precontrattuali, alle clausole abusive, al diritto di recesso e al diritto al risarcimento dei danni, nonché, secondo il criterio della diretta pertinenza della materia dei consumatori, ad aspetti generali del diritto dei contratti e, per l'altro, la predisposizione di soluzioni più avanzate nel campo del diritto contrattuale ma con un

¹⁸⁸ G. Alpa e G. Conte, *Riflessioni*, cit., p. 162 s, 177 s. e AA. ivi citt.

carattere non vincolante¹⁸⁹. Nelle intenzioni dei suoi redattori, il CFR dovrebbe aiutare il legislatore europeo, quello nazionale e le corti, inclusi i tribunali arbitrali, a dare soluzioni accettabili ai problemi relativi ai contratti sia transfrontalieri che domestici. Per una parte esso va ad innestarsi, dunque, organicamente nel corpo normativo vigente, al quale apporta precisazioni, modifiche e una migliore sistemazione¹⁹⁰, per un'altra parte, va ad innovare predisponendo principi, definizioni, concetti generali e regole accompagnate da commenti, note comparative e analisi valutative (*principles, definitions, model rules*)¹⁹¹. Da questo punto di vista il CFR appare uno strumento più compatibile con un percorso di armonizzazione scandito da passaggi gradualisti e progressivi¹⁹².

Per il resto occorrerà fare affidamento alla prassi e all'apporto di altri strumenti già esistenti come ad es. i Principi Unidroit¹⁹³ o le convenzioni

¹⁸⁹ Si parla al riguardo di *soft law* anche da parte del Parlamento europeo nella Risoluzione del 12 dicembre 2007 sul diritto contrattuale europeo. Critico sul carattere non vincolante di un codice è N. Lipari, *Conclusioni*, in La riforma dei codici in Europa e il Progetto di codice civile europeo, a cura di G. Alpa e E.N. Buccico, in Quaderni di Rass. Forense, Milano, 2002, p. 91.

¹⁹⁰ Su di esso si rimanda a G. Alpa e G. Conte, *Riflessioni*, cit., p. 153 ss.

¹⁹¹ G. Alpa e G. Conte, *Riflessioni*, cit., p. 160 ss.

¹⁹² G. Alpa e G. Conte, *o.u.c.*, p. 165; G. Alpa, *L'armonizzazione*, cit., p. 172 dove sottolinea «l'esigenza di pervenire alla realizzazione di un quadro di principi uniformi, o soluzione ancor preferibile, di regole uniformi di diritto sostanziale e processuale».

¹⁹³ Sui Principi Unidroit mi limito a citare *I Principi Unidroit nella pratica, Casistica e bibliografia riguardanti i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2002; V. Massari, *L'efficacia dei principi UNIDROIT nei*

internazionali, pur con tutte le manchevolezze che presentano rispetto alle regole comunitarie¹⁹⁴.

Tornando, in sede conclusiva, sull'oggetto della nostra indagine non sembra che le soluzioni che si prospettano possano incidere in maniera significativa sull'assetto della disciplina interna del contratto più di quanto non abbiano fatto le normative comunitarie già esistenti. Per quanto riguarda i progetti di codici, pur dovendo attendere i testi definitivi ed approvati per pronunciarsi, ferma restando la loro tendenza a dare importanza al dialogo con le scienze sociali, a valorizzare i concetti di classe e di ruolo i quali alludono a schemi comportamentali fortemente eterodiretti mutuati specialmente dall'analisi politologica e sociologica,

contratti internazionali, in Diritto e Diritti, 2002. Con riferimento alla *lex mercatoria*, O. Lando, *The Principles of European Contract*, cit., p. 397 ss.

¹⁹⁴ Pubblicati nel 1994, i Principi Unidroit possono essere considerati una sorta di codificazione di un regime giuridico sovra nazionale delle transazioni internazionali. Essi portano, infatti, ad un superamento delle soluzioni internazionalprivatistiche e quindi ad una collocazione del regime del rapporto giuridico su di un piano diverso da quello di un singolo ordinamento. Il primo Progetto redatto da questa Organizzazione nel 1968 riguardava la *Progressiva Codificazione del Diritto del Commercio Internazionale* e si proponeva di individuare i principi comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici esistenti e di elaborare una normativa comune applicabile ai contratti internazionali che potesse semplificare i rapporti giuridici che coinvolgono, per loro natura, più ordinamenti che spesso sono molto diversi fra loro. I punti di riferimento più importanti sono stati – oltre i singoli sistemi nazionali – la Convenzione delle NU sui Contratti per la Vendita Internazionale dei Beni (Convenzione di Vienna del 1980, CISG), i documenti elaborati dalla Camera di Commercio Internazionale e quelli di UNCITRAL, la Commissione delle NU per il commercio internazionale.

non c'è da attendersi stravolgimenti clamorosi; meno che mai potranno attendersi sviluppi straordinari dall'adozione di un quadro comune di riferimento, proprio per i contenuti che esso va assumendo. E' buona regola, comunque, prima di formulare conclusioni definitive attendere per evitare di essere clamorosamente (e felicemente) smentiti.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Diritto di famiglia e Unione Europea*, a cura di S. Carbone e I. Queirolo, Torino, 2008

AA.VV. *Consumatori, diritti e mercato*, Milano, 1998

G. Adamo, *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, "abuso del diritto" e tutela del contraente debole*, www.diritto.it/materiali/commerciale/adamo1.pdf

G. Alpa, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986

G. Alpa, *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002

G. Alpa, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo*, in *Giur. civ. comm.*, 2003

G. Alpa, *Problemi e prospettive del diritto privato europeo*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti. Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002* raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004

G. Alpa - G. Chiné, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto XV ed. sez. civ., Appendice*, Torino, 1997

G. Alpa e G. Conte, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I

G. Alpa e S. Patti, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Commentario al Codice civile di P. Schlesinger*, Milano, 2003

G. Alpa, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, Vol. XXVI, Il diritto privato dell'Unione europea, (a cura di A. Tizzano), I, Torino, 2006

G. Alpa, *Riflessioni sul Progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in Riv. dir. civ. 2008, I

G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in Diritto dei consumi, 1997

G. Amadio, *La conformità al contratto tra garanzia e responsabilità*, in Contratto e impresa/Europa, 2001

C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003

R. Baratta, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in Riv. dir. int. priv. proc., 2005

P. Barcellona, *Sui progetti di codice civile europeo: la buona fede tra giustizia sociale e globalizzazione*

S. Bariatti, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al titolo iv del trattato CE*, in DUE, 2001

G. A. Benacchio e M. Carpagnano, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007

C. Berti- B.Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003

C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, Il contratto, Milano, 2000

L. Bigliazzi Geri, *Art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis – 1469 sexies, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

G. Buffone, *Class action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori* (art. 2, comma 445, Legge finanziaria 2008), www.altalex.com/index.php?idnot=1581

D. Bush, E. Hondius, H.J. Van Kooten, H. Schelhaas, W.M. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, London, Boston, NY, 2002

F.D. Busnelli, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in Riv.dir.civ., 2001, I

R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, in Contatto e impresa/Europa, 2003,

E. Cannizzaro e E. Bozza, *Le politiche di concorrenza*, in Diritto dell'unione Europea, Parte speciale (a cura di G. Strozzi), Torino, 2006

F. Caruso, *Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario*, (a cura di Picone) Diritto internazionale privato e diritto comunitario, Padova, 2004

F. Caruso, *Unificazione del diritto, diritto uniforme e ravvicinamento delle legislazioni nella CEE*, in Nov.mo digesto, App. VII, Torino, 1987

R. Caso, *Luci ed ombre della legge sull'abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale*, in Atti del convegno *La tutela del contraente debole nei rapporti d'impresa*, Trento 25 gennaio 2007

C. Castonovo, *I principi del diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in Banca, borsa, titoli di credito, 1995

E. Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto con il consumatore*, Padova, 1996

G. Chiné, *Il consumatore*, in Trattato diritto privato europeo (a cura di N. Lipari), I, Padova, 1997

G. Chiné, *Il diritto comunitario dei contratti*, in Il diritto privato dell'Unione Europea, a cura di A. Tizzano, Torino, I, 2006

G. Cian, *Il nuovo capo XIV-bis del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in Studium iuris, 1996

Codice del consumo a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008

A. Colombi Ciacchi, *La costituzione europea come fonte e motore del diritto privato europeo: alcune osservazioni*, in Diritto privato europeo. Fonti ed effetti, Materiali del Seminario dell' 8-9 novembre 2002 raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004

B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006

C. Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in Riv. dir. civ. 1993

M. Cornu, *L'Europe des biens culturels et le marché*, in Clunet, 2002

R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997

G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in riv. dir. civ., 2002, I

P. De Cesari, *Diritto internazionale privato comunitario*, Torino, 2005

G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa,, delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori*, in Riv. dir. civ. 2008, II

R. De Matteis, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in Contratto e impresa/Europa, 2001

G. De Nova, *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994

P. Delebeque, *Il contratto di derivazione europea nel sistema francese*, in Il contratto e le tutela. Prospettive di diritto europeo a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002

L. Delli Priscoli, *"Consumatore", "imprenditore debole" e principio di uguaglianza*, in Contratto e impresa/Europa, 2003

F. Donati, *Telecomunicazioni e televisione*, in Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XXVI, Il diritto privato dell'Unione europea (a cura di A. Tizzano), Torino, 2006, I

B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Code civil européen?*, in Rev.trim.dr.civ., 2002

L. Ferrari Bravo, *Lezioni di diritto comunitario*, II, Napoli, 2002

G. B. Ferri, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in Dig. Discipline priv., Sez. civ. IV.

G. Filanti, voce *nullità* (diritto civile) in Enc. Giur. Treccani, 1990

M. Franzoni, *Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto: art. 1414-1446*, in Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1998

L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000

N. Irti, *Leggi speciali*, in Riv.dir.civ. 1979

F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova 2004

P. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in Riv. dir. civ., 2007, I

G. Gandolfi, *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in Riv. dir. civ., 2008, I

G. Gandolfi, *Il progetto "pavese" di un codice civile europeo dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2001, I

M. Gardeñes Santiago., *El desarrollo del derecho internacional privado tras el tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica*, in Rev. der. comun. eur., 2002

L. Gatt, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore ed il professionista*, in Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007

P. Giammaria, *Commento all'art. 1469 quater*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997

M. Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in ED, Milano, 1968

J. D. Gonzalez Campos, *Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato*, in P. Picone (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004

B. Grasso, *La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986

G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002

G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990

S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I

V. Irti, *Idola libertatis Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985

A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari, (a cura di) *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997

O. Lando e H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part 1: Performance, Non-performance and Remedies (Deventer 1995) on the Commission on European Contract Law

O. Lando, *Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo*, in *Il Codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000*, racc. da G. Alpa e E. N. Buccico, Milano, 2001

O. Lando, *The Principles of European Contract Law and the lex mercatoria*, in *Private Law in the International Area, From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification*. Liber Amicorum K. Siehr, The Hague, 2000

N. Lipari, *Conclusioni*, in *La riforma dei codici in Europa e il Progetto di codice civile europeo*, a cura di G. Alpa e E.N. Buccico, in *Quaderni di Rass. Forense*, Milano, 2002

T. Longu, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II

F. Macario, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2001

H. P. Mansel, *Zum Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Nizza*, in Baur e Mansel (a cura di), *Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht*, München, 2002

M. Marletta, *La restituzione dei beni culturali*, Padova, 1997

M. Marletta, *I beni culturali*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da M. Bessone), *Il diritto privato dell'Unione europea* (a cura di A. Tizzano), Torino, I, 2006

V. Massari, *L'efficacia dei principi UNIDROIT nei contratti internazionali*, in *Diritto e Diritti*, 2002

S. T. Masucci, *La forma del contratto*, in *Diritto privato europeo* (a cura di N. Lipari), II, Padova, 1997

P. G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonistica del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I

G. Nappi, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in Giust. Civ., 2008

M. Nuzzo, *Art. 1469-ter. Accertamento della vessatorietà delle clausole*, in Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999

M. Nuzzo, *Commento agli artt. 33-38*, in Codice del Consumo, Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005

M. Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in Rass. dir. civ., 1998

P. Olivier, *Le droit communautaire et les voies de recours national*, in Cah. dr. eur., 1992

G. Oppo, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso una riforma?* Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Treviso 23-25 marzo 2006, in Riv.dir.civ. 2006

A. Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in Riv. critica dir. priv., 1992

E. Pagano, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in Dir. pub. comparato europeo, I, 2008

E. Pagano, *La materia civile con implicazioni transfrontaliere e le competenze comunitarie di diritto internazionale privato*, in DUE, 2008

L. Patroni Griffi, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13/Cee)* in Rassegna di diritto civile, 1995

S. Patti, *Diversità, armonizzazione, unificazione e codificazione: le tappe di un difficile percorso*, in *Diritto privato europeo fonti ed effetti, materiale del seminario dell'8-9 novembre 2002* (a cura di G. Alpi e R. Danovi), Milano, 2004

P. Perlingieri, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987

P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006

F. Pocar, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000

P. Pollice, *Unificazione e armonizzazione del diritto privato dei contratti*, Relazione tenuta al Convegno italo tedesco di Napoli del 7-8 novembre 2007, in corso di pubblicazione.

G. Pugliese, *Aspetti del "diritto comune europeo"*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, II, Milano, 1994

C. Punzi, *Conciliazione e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992

F. Regoli, *La direttiva n. 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei "contratti a distanza"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997

O. Remien, O., *European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, 2001

P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1992

S. Rodotà, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005

S. Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione per il millennio*, a cura di Cappellini e Sordi,

nei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, a cura di Grossi

W. Rolland, *The Influence of European Law Perspectives on the Reform of German Contract Law*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002

V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001

G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *DUE*, 2008

U. Ruffolo, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1989

M.M. Salvadori, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di Sacerdoti e Frigo, Milano, 1994

M.P. Sánchez González, *Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo*, in *Rev. derecho privado*, 2003

F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986

V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007

P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I

A. Somma, *Diritto comunitario v. diritto comune europeo*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti. Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002*, raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004

G. Strozzi, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2005

R. Tarocco, *Volontà e accordo nella contrattazione telematica*, in *Nuova giur. civile comm.*, 2003, II

R. Tartaglia, *Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore. Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie tra novità normative e prassi applicativa*, Milano, 2008

G. Tassoni, *Trasparenza e jus poenitendi nella direttiva n. 94/47/CEE in tema di acquisti in multiproprietà*, in *Contratti e impresa*, 1995

G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008

A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, I

A. Tizzano, *Presentazione alla prima edizione del volume Il diritto privato dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea* (a cura di A. Tizzano), I, Torino, 2006

F. Toriello, *I contratti di vendita stipulati dai consumatori*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Vol. XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, (a cura di A. Tizzano) I, Torino, 2006

F. Toriello, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Vol. XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, (a cura di A. Tizzano) I, Torino, 2006

C. v. Bar, vedi *Principi di diritto europeo dei contratti, parti I e II*, a cura di Castronovo, *Studia iuridica. Um còdigo civil para Europa. Los principios del derecho europeo de contratos*, a cura di (L.) Diez-Picazo, Roca Trias, Morales,

Madrid, 2002

R. Van den Bergh, *Against a European Code Replacing National Law*, in *An Academic Green Paper on European Contract Law*, (a cura di Grundmann e Stuyck), The Hague, 2002

C. Verardi, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, Vol. XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, (a cura di A. Tizzano) I, Torino, 2000

R. Zimmermann, *Civil Code and Civil Law*, in *Columbia Jour. European Law*, 1994

R. Zimmermann, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv.dir.civ.*, 2001